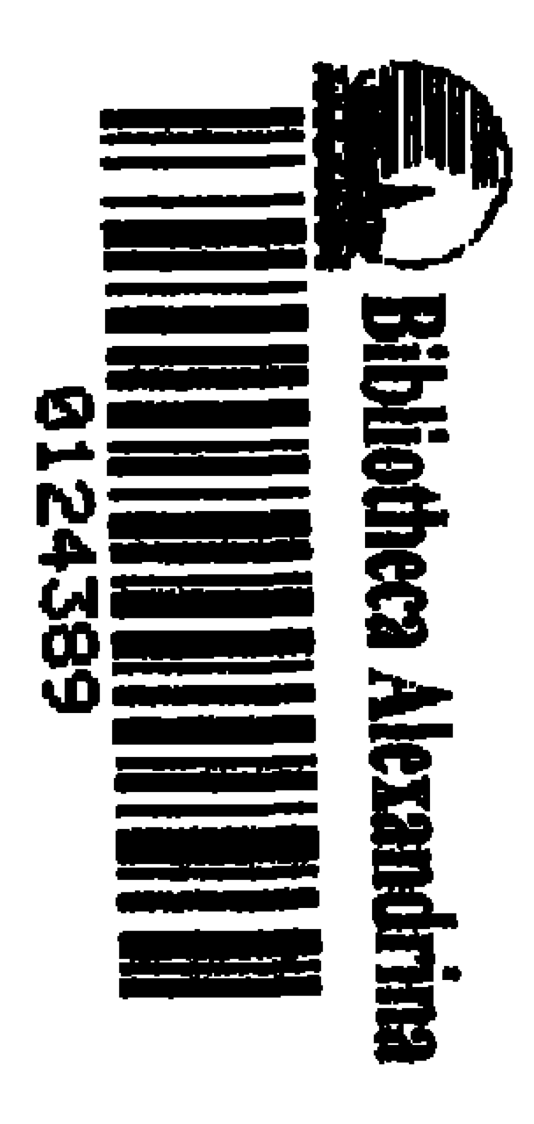
أحكام الطلاق

فى الشرع الإسلامى

د. محمد كمال الدين إمام

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



١٩٩٥

أحكام الطلاق

فى الشرع الإسلامى

موجز محاضرات السنة الثانية

د. محمد كمال الدين إمام

" بسم الله الرحمن الرحيم "

الزواج فى الإسلام عقد دائم ، ولكنه ليس أبديا ، هو عقد ينبغى أن يستمر مدى الحياة ، ولكنه يمكن أن ينحل أو ينتهى ، وعقد الزواج ينتهى بأحد طريقين ، الأول حتمى لا سبيل الى تفاديه وهو وفاة احد الزوجين ، والثانى يكره ولا يجب ولكنه إحدى حقائق الحياة ، ولهذا كان الطلاق أبغض الحلال عند الله ، ووضع الاسلام مجموعة من الضوابط عند إنشاء عقد الزواج تكفل استمراره وتحول دون انحلاله ، ولكن الاسلام دين يتعامل مع الواقع ، وقد يكون الانفصال هو القرار الوحيد أمام الزوجين ، فلا بد من احترام الواقع الانسانى ، فجاء بطريق وسط يعالج أحوال الفطرة ، ويتفاعل مع ظروف كل أسرة .

كانت اليهودية تبيح الطلاق ، وينتهى العقد بطلقة واحدة ، ينفصل الزوجان بعدها إلى الأبد ، ولا يحل لهما استئناف الحياة الزوجية ، فالطلاق مانع من تلاقى الزوجين مرة أخرى إلى الأبد .

وقضت المسيحية إلا فى قليل من الطوائف ، أن الطلاق ممنوع ، وأن الانفصال لا يحل لاحد الزوجين الفكاك من أسر الزوجية ، حتى لا يطرد من ملكوت الله فى الأرض ، فالطلاق فى المسيحية إلا فى أحوال ضيقة نادرة ــ غير معترف به واذا اعلنا الزوجان فهما فى أسره الى الابد .

جاء الاسلام بطريق وسط فالطلاق فى أصله محظور فاذا اصبح الحل الوحيد للخروج من شقاق لا يحتمل فهو مكروه ، ووضع الاسلام

مجموعة من الاجراءات تسبقه قبل إيقاعه ، ولم يجعله طلقة واحدة ، بل فتح الطريق أمام الطرفين لمواجهة النفس وإصلاح الخطأ ، فجاءت الآيات القرآنية تقضى بأن الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، وحتى فى الطلقة الثالثة فان استئناف الحياة الزوجية مرة أخرى ممكن ، بعد أن تتزوج المرأة زوجا آخر يفارقها بطلاق أو وفاة .

وقد جعل الاسلام الطلاق بيد الرجل ، ولكنه لم يتركه حرا فى إيقاعه يستبد به وحده ، ولا تجد الزوجة سبيلا للتحرر من زواج فاشل أو زوج سىء ، فوسطية الإسلام تأبى ذلك ، فالأصل فى الطلاق أنه بيد الزوج ، ولكن للزوجة أن تفتدى نفسها فى فرقة تسمى خلعا ، ولها أن تلجأ إلى القضاء ليقضى بالتطليق عند ثبوت الاضرار أو الاعسار أو الغيبة إلى غيرها من انواع الفرقة التى تعيد التوازن بين طرفى عقد الزواج ، حتى لا يستبد الزوج بمصير الاسرة وحتى لا تتهور المرأة فتفارقه وهذه الدراسة الموجزة تعالج احكام الفرقة فى الاسلام فقها وتشريعا وقضاء فى إطار فكرة الواجب التى تمنع وتبيح وليس فى إطار فكرة حقوق الانسان التى عيثت بمفاهيم غربية تجعل قراءة الفقه الاسلامى فى ضوئها مغلوطة أو فى القليل ناقصة وسوف تنقسم دراستنا على النحو التالى :-

٣

الفصل الاول :

الاحكام العامة في الفرقـــــــة

الفصل الثاني :

الفرقة الاراديــــــة

الفصل الثالث:

الفرقة اللاإراديـــــة

الفصل الرابع:

آثار الفرقـــــــة

"العدة ـ النفقـة ـ الحضانة ـ

الفصل الاول
المبادئ العامة فى الفرقة

الفرقة سواء تمت بإرادة الطرفين أو بحكم الشارع أو القاضي فقد وضع لها الاسلام مجموعة من القواعد العامة الضابطة سواء من ناحية مشروعيتها أو صفتها الشرعية ، أو معايير التمييز بين أنواعها المختلفة بل وما يمكن ان يكون خصائص عامة للطلاق فى الإسلام ، وسوف نخصص هذا الفصل لعرض هذه المبادئ العامة .

المبحث الاول : خصائص الطلاق
المبحث الثانى : أدلة المشروعية
المبحث الثالث: مصطلحات الفرقة

المبحث الاول
خصائص الطلاق

الطلاق هو الطريق الطبيعى للفرقة بين الزوجين وهو طريق لا يسلك - أو هذا ما ينبغى - إلا لضرورة تبيح المحظور وتبرر المكروه . وسوف نعرض فى هذا المبحث لخصائص الطلاق الاسلامى .

المطلب الأول : الأصل فى الطلاق الحظر .
المطلب الثانى : الأصل فى الطلاق أنه بيد الزوج .
المطلب الثالث: الأصل فى الطلاق التتابع والتعدد .

المطلب الاول

الاصل فى الطلاق الحظر

اختلف الفقهاء فى الحكم الأصلى للطلاق ، فقال بعضهم بالاباحة وقال بعضهم بالحظر ، والخلاف هنا متعلق بحكم أصل الطلاق — قبل أن تعتريه الاحكام الخمسة — لأن الطلاق من حيث هو طلاق جائز يرد عليه الوجوب والندب ، والحرمة والكراهة ، وهنا ينبغى التفرقة بين إيقاع الطلاق ووقوعه .

أما إيقاع الطلاق فهو فعل الزوج وهو الذى تعتريه الأحكام التكليفية ويوصف بالحل أو الحظر .
أما وقوع الطلاق ، فهو حكم الشرع ، وهو يترتب بعد الإيقاع مباشرة ، ويظهر أثر هذه التفرقة حينما يكون إيقاع الطلاق محظورا يؤاخذ الزوج عليه قضاء وديانة ومع ذلك يتم وقوع الطلاق ويترتب عليه حكمه من جهة الشرع .

أولا : الاتجاه الذى يقول بالاباحة :

يرى جمهور الفقهاء أن الأصل فى الطلاق الإباحة ، وقد يخرج عنها فى أحوال يقول " القرطبى " فى تفسيره " دل الكتاب والسنة واجماع الامة على أن الطلاق مباح غير محظور " .
ويقول " ابن المنذر " ليس فى المنع منه خبر يثبت " ويقول السرخسى فى كتابه " المبسوط " وايقاع الطلاق مباح وان كان مبغضا فى الاصل " .

١ ـ أدلة هذا الاتجاه: يستند جمهور الفقهاء الى ادلة الكتاب والسنة والأثر والقياس تتضافر كلها ـ عندهم ـ على القول بأن الحكم الأصلي للطلاق الإباحة .

أ ـ الأدلة من القرآن الكريم . يرى هذا الإتجاه أن آيات القرآن الكريم التي تناولت الطلاق جاءت مطلقة ليس فيها منع او تحريم من ذلك قول الله تعالى " لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة " وقوله تعالى " فطلقوهن لعدتهن " فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج في إيقاعه كما جاء في النص القرآني .

ب ـ الأدلة من السنة : ويستدلون ايضا بما في السنة العملية لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه طلق زوجته حفصة حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة . ـ والنبي صلى الله عليه وسلم لا يفعل المحظور . كما طلق صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم زوجاتهم دون بيان لسبب الطلاق . فلم ينكر الرسول عليهم ذلك . فدل ذلك على أنه مباح . فقد طلق عمر رضي الله عنه ام عاصم . وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر .

ثانيا : الاتجاه الذي يقول بالحظر :

يرى عدد من الفقهاء ينتمون الى مذاهب مختلفة إلى القول بأن الأصل فى الطلاق الحظر ، وفى ذلك يقول ابن الهمام الحنفى ، ــ والأصح حظره إلا لحاجة .

وجاء فى فتاوى ابن تيميه " الأصل فى الطلاق الحظر وإنما ابيح منه قدر الحاجة " .

١ ــ أدلة هذا الاتجاه :

وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى أدله كثيرة من الكتاب والسنة تدل ــ عندهم ــ على أن الأصل فى حكم الطلاق الحظر

أ ــ الأدلة من القرآن الكريم :

قال الله تعالى فى كتابه العزيز " فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " .

وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغى وظلم وهذا ممنوع ومحظور فى الاسلام .

ب ــ وفى أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يعد سندا قويا لأصحاب هذا الاتجاه منها :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أبغض الحلال الى الله الطلاق " . وقال صلى الله عليه وسلم :

" تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات "

فهذه الأحاديث تنهى عن الطلاق بما يدل على أن الأصل في الطلاق الحظر .

والراجح فيما نرى هو الرأى القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر وأنه لا يباح إلا لحاجة يؤيد ذلك ما ذكره بعض الباحثين من أن الشارع الحكيم ضيق في الطلاق أشد التضييق ، فاشترط أن يكون من الزوج نفسه أو نائبه ، وأن يكون بالغا عاقلا ، وقد استحسن القرآن الكريم من الرسول صلى الله عليه وسلم إلحاحه على زيد بن حارثة أن يمسك عليه زوجه بالرغم من استمرار الشقاق بينهما فقال في سورة الأحزاب " وإذ تقول للذى أنعم الله عليه ، وأنعمت عليه ، امسك عليك زوجك واتق الله " فاعتبر القرآن الكريم الامتناع عن الطلاق من نوع التقوى والبر ، وقد نفر القرآن الكريم من الطلاق بقوله " وإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا " .

هذه الآيات وأشباهها تؤكد - تلميحا صريحا - أن الأصل في الطلاق الحظر ، وأن إباحته مقيدة بالحاجة ، لأن الزواج رباط مقدس سماه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ في قوله تعالى " وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " .

وقد عبر عن ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله " تزوجوا ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن " .

وأيا ما كان الأمر في اختلاف الفقهاء حول الحظر والإباحة في الحكم الأصلى للطلاق ، فإنهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام

التكليفية حسب الظروف والاحوال . ومما يؤكد ذلك ما يلي :

أ ـ لا يباح الطلاق إلا عند الحاجة : فالضرورة ـ كما يقول البعض ـ هي التي تبيح الطلاق ـ لأنه هدم لبناء قائم ـ تعلقت ببقائه أغراض و مصالح ، وربط لم تكن قاصرة على الزوجة وحدهـا ، فعسى ان يكون هناك أطفال يشقون بالطلاق ، وعسى أن يشقى به الزوج نفسه ، فهو بلا حاجة ضرر واضح ، لا يمكـن أن يقره الاسلام الذي جعل من مبادئه العامة كما أشـار الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " وهذا ما يقوله ابن عباس ـ كما رواه البخاري " الطلاق عن وطر " .

ب ـ محاولة الاصلاح أولا بكل حيلة : وهو واجب على الزوج المسلم حتى لا ينفرط عقد الاسرة ، ويتفرق شمل الاولاد وقد نفّر الرسول صلى الله عليه وسلم من الطلاق إلا عند توافر أسباب توجيهه وقد قال صلى الله عليه وسلم " فيما رواه أبو داود بإسناد صحيح " أبغض الحلال عند الله الطلاق " .

المطلب الثاني
الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج

االطلاق بصفة عامة قد يستوعب صورا مختلفة من الفرقة ولكنه في المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفرقة التي يوقعها الزوج بالارادة المنفردة ، وقد دل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " ، وقد ذكر " محمد بن عبد الرحمن " من فقهاء القرن السادس الهجري في كتابه "محاسن الاسلام" أن المرأة سريعة الاغترار لا روية لها في أمورها ، فلو جعل الطلاق إليها لبادرت الى التطليق عند كل قليل وكثير فإن رغد عيشها بطرت ، وإن عسر أمرها ضجرت فطالت عنه فقلما يحصل الدوام على النكاح فالشرع جعل الطلاق إلى الزوج ليتأمل ويتفكر ويستعمل عقله في هذا ، هل الصلاح في المقام معها أو في مفارقتها فهذه حكمة بالغة ، ورحمة من الله تعالى سابغة ، ولم يشترط العوض في الطلاق ، لأنه لو شرط العوض لشرط عليها وهي عاجزة عن أداء العوض على ما عليه جبلتها ، فلا يحصل المقصود بشرع الطلاق ، ولم يجعل الطلاق اليهما كما في النكاح الذي لا يتم إلا بايجاب وقبول فإنه لو جعل الطلاق اليهما ربما يرى أحدهما الصلاح لنفسه في فراقها والآخر لا يوافقه فلا يصل الى ماهو مطلوبه وصلاحه ففوض الى أحدهما وخص به الزوج " وما أشار إليه ذلك الإمام الجليل هو ما لخصه بعض المعاصرين وهو يرد على خصوم الرجل وأنصار المرأة تحت مظلة براقة وخادعة هي حقوق المرأة ،

أولا : لماذا الطلاق بيد الرجل ؟

كما يقول الدكتور مصطفى السباعى " إن الإحتمالات العقليـــة فى هذا الموضوع لا تخلو عن أربعة :ـ

١ـ أن يجعل الطلاق بيد المرأة وحدها .
٢ـ ان يجعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأه معا .
٣ ـ ان يجعل الطلاق عن طريق المحكمة .
٤ـ ان يجعل الطلاق بيد الرجل وحده .

فلنناقش كل احتمال على حـــده .

١ـ لا سبيل لإعطاء المرأة وحدها حق الطلاق لأن فيه خسارة مالية للرجل ، وزعزعة لكيان الاسرة ، والمرأه لا تخسر ماديا بالطلاق بل تربح مهرا جديدا ، وبيتا جديدا وعريسا جديدا ، وإنمـا الذى يخسر هو الرجل ، الذى دفع المهر للمرأة ويقوم بنفقـــة البيت والأولاد ، وقد دفع نفقات العرس ، وثمن اثاث البيـت وإذا كان من القواعد الشرعية المسلم بها أن "الغرم بالغنـــم" كان من العدالة أن تعطى الرجل حق ايقاع الطلاق ما دمنا قد ألزمناه بالمهر ونفقات الزوجة والاسرة ، فلا يهدم ما بنـاه بسهولة و دون ضرورة ملحة وهو العارف بما كلفه الزواج الاول وما يكلفه له الزواج الثانى إذا أراده . أما إذا اعطيت المرأة حق الطلاق سهل عليها أن توقعه متى اختصمت مع الزوج نكايـة فيه وعنادا له ورغبة فى تغريمه والانتقام منه .

ولا يسأل الرجل عن سبب الطلاق ، لا لأنه الطلاق بالهوى جائز ، وليس لابراز تفوق الرجل وقدرته على الفرقة بالارادة المنفردة بل إن ذلك له حكمة بالغة ، وهى المحافظة على أسرار الاسـرة ، وصيانة كرامة المرأة وسمعتها ، حتى لاتصبح حياتها الخاصـة حديث الناس ، وتعرض أسرار أسرتها على رؤوس الاشهاد وقد أشار الماوردى فى كتابه " الحاوى " إلى تعليل جعل الطلاق بيد الزوج فقال : " والطلاق لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة فيختص الزوج بالطلاق وان اشترك الزوجان فى عقد النكاح ، وهو أحـد التأويلات فى قوله تعالى " وللرجال عليهن درجة " إن الرجـل يملك الطلاق ولا تملكه الزوجه ، فإن قيل فلما اشترك الزوجـان فى النكاح ، وتفرد الزوج بالطلاق ، قيل لأمرين :

أحدهما : أنه لما اشترك الزوجان فى الاستمتاع ، جاز أن يشتركا فى عقد الزواج ، ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة ، جاز أن يختص الزوج بايقاع الفرقة .

والثانى : أن المرأة لم يجعل الطلاق اليها لأن عاطفتها تغلبها فلم تؤمن منها معاجلة الطلاق عند التنافر ، والرجل اغلب لشهوته منها ، وانه يؤمن منه معاجلة الطلاق عند التنافر .

٢ـ أما جعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأه معا ، فهو رهن ـ باجتماع مشيئتهما ، فهذا فيه تعطيل للطلاق ، لاصلـة له بحقوق المرأة ، ولا بالمساواة بين الجنسين ، إن المـرأة

لا شك ستعاند زوجها اذا رغب في الطلاق ، وسيعاندها إذا رغبت هي ، وهكذا يدور مصير الأسرة في حلقة مفرغة ، ويمسك به طرفان متنافران لا يحب احدهما تحقيق رغبة الآخر ولا أظن القول بمثل ذلك إلا محاولة للعبث بالأحكام الشرعية وهو ما تأباه القوانين شرعية كانت أو وضعية .

إن اجبار الرجل على البقاء مع امرأة مستبدة أو فاسدة أو لا يطيق معاشرتها هو ضرر كبير والقاعدة الفقهية ان لا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

وليس معنى ذلك أن المرأة ليس لها أن تفارق رجلا تكرهه ولا تحبه ، فالقول بان العلاقة تصرف انفرادي للرجل ليس على اطلاقه فلها أن تفدي نفسها لتفارق الرجل فيما سماه الفقهاء " بالخلع " ولها أن تطلب من القاضي أن يفرق بينها وبين رجلها للأسباب التي توجب التفريق من إضرار أو اعسار او فقد أو غيبة وغير ذلك من الاسباب .

وهكذا نجد أن الاسلام وإن منع أن يكون الطلاق بمشيئة الطرفين وأعطاه للرجل ، فإنه لم يجعله متحكما في أمر الزوجة بحيث لا تستطيع التخلص من حياتها الزوجية معه إلا بمحض إرادته ، بل أباح لها الخلاص من الزوج المستبد أو الظالم أو الفاسد بمال تدفعه أو بواسطة دعوى ترفعها .

٣ـ أ. الطلاق بيد المحكمة فهو طريق تأباه الشريعة الاسلامية لأن التقاضي سبيله شائك وعر، تتقطع فيه الأرحام، وتحاك فيه الدسائس، ويتهم الناس فيه بما ليس فيهم من أجل كسب دعوى أو الحصول على حكم، وقد يمضي الرجل في سبيل أن يقضى له بالطلاق أن ينشر عن زوجته مقالة سوء أو يفشي اسرارا لها ينبغي أن تصان وتحمى، لكل ذلك لم يجعل الاسلام الطلاق بيد المحكمة، ولكنه جعل الطلاق أمام القاضي سبيلا استثنائيا إذا تعذر الطلاق بالارادة المنفردة أو ... الطرفين، أو من خلال تدخل الحكمين، فهو تدخل مشروع لحسم شقاق لا يحسمه إلا الطلاق، والولاية العامة تفرض مسئوليات جسام على أصحابها، تأتي مسئوليات حماية الاسرة وصيانتها في المقدمة منها :

والطلاق الذي بيد الرجل ليس مطلقا بغير قيد، بل هو مقيد في عدده، ومقيد في زمن ايقاعه، ومقيد في حكم وقوعه، وكل هذه القيود تحمي المرأة من عسف الرجل أو ظلمه، فاذا خرج الرجل عن حدوده وأساء استعمال حقه، ترد اساءته ويردع على جوره، فقد قيد فقهاء الشريعة الاسلامية حق الزوج في ايقاع الطلاق بما يتفق والحكمة التي دعت الى تشريعه، وبما فيه منع الإضرار بالمرأة زوجة أو مطلقة.

بل إن الاصل فى الطلاق أن يتدخل المجتمع عند عجز الطرفين عن الاتفاق على إزالة أسباب الشقاق ، ومهمة الحكمين في هذا وجوبية ، والافضل أن يكونا من ذوى القرابة لانهم أدرى ببواطن الامور وهو ما نص عليها القرآن الكريم في سورة النساء " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما .

ومهمة الحكمين التعرف على الزوجين وتفحص أحوالهما وتعرف رغباتهما — لا بصفة وكيلين عنهما - بل حاكمين عليهما وحكمهما نافذ تحكيما لا قضاء .

خلاصة القول أنه لاجدال أن الاسلام قد جعل الطلاق بأصل الشرع إلى الرجل ، يوقعه حين يوقعه دون حاجة الى قضاء ، ولهذا لم يسند الطلاق في القرآن إلا الى الرجال . إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد وشرط حتى تعتبر في يد الرجل سلاح استبداد ، قد يستعمل فى غير موضعه ، بل لها حالات وأوقات ، تجردها من التعسف وتحميها من العبث ، فلا يستعمل الطلاق إلا فى موضعه .

المطلب الثالث

الأصل في الطلاق التتابع

الأصل في الطلاق التعدد والتتابع ، ولا يقصد التعدد في الألفاظ ، وإنما التعدد الذي يرتبط بزمان حدده الشارع ولا يعتد خارجه بتعدد الالفاظ . يقول تعالى " الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان".

وفي قوله تعالى " الطلاق مرتان تأويلان :

الأول: أنه بيان بعدد الطلاق وتقديره بالثلاث ، وان الزوج يملك الرجعة في الاثنتين ولا يملكها في الثالثة وهو قول عروة وقتادة .

والتأويل الثاني : وهو الأرجح لدينا ـ أنه بيان لسنة الطلاق ، وأنه يوجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعددا في أزمنة محددة ، فلا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد ، ولا يجمع اكثر من طلاق في طهر واحد .

وفي قوله تعالى "فامساك بمعروف أو تسريح باحسان " تأويلان أيضا :

الأول : أن الامساك لمعروف ، الرجعة بعد الثانية ، والتسريح بالاحسان الطلقة الثالثة ، وهو قول عطاء ومجاهد .

والتأويل الثاني: أن الامساك بالمعروف ، الرجعة بعد الثانية وأن التسريح باحسان هو الامساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها .

فهذه التأويلات المعتمدة تشير الى مايلى :

١ـ ان الزوج لا يملك ايقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد ، أو بالفاظ ثلاثة متعاقبة ، أو متفاصلة ، بل لابد أن يطلق المرأة المدخول بها فى طهر لم يجامعها فيه .

وقد استدل ابو حنيفة على ان طلاق الثلاث محرم وإن كان واقعا بقوله تعالى فى سورة الطلاق " إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة " ، فقد تضمنت هذه الآية تفريق الطلاق فى الأطهار من وجهين :ـ

الأول : قوله تعالى " واحصوا العدة " واحصاؤها إنما يكون انتظارا حتى لا يقع الطلاق فيها .

والثانى : قوله تعالى فيها "لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا " يريد بها الرجعة ، والرجعة لا تكون فى الثلاث ، وإنما تكون فيما دون الثلاث .

ويقوله تعالى " الطلاق مرتان " فدل على أنه لا يجوز أن يكون مرة واحدة .

وقد روى عن عبد الله بن عمر أنه قال " طلقت امرأتى وهى حائض فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك ربك إنما السنة أن تستقبل بها الطهر ثم تطلقها فى كل قرء طلقة " .

٢ـ وترتب على ذلك أن الطلاق ينقسم عند الفقهاء إلى ثلاثة أقسام هى " طلاق سنة ، وطلاق بدعة ، وطلاق لا سنة ولا بدعة " .

أما طلاق السنة فهى طلاق المدخول بها فى طهر لم تجامع فيه .

أما طلاق البدعة فهو طلاق اثنتين ، المرأة الحائض أى التى لاتزال فى عدتها ، والمرأة التى فى طهر جومعت فيه أى اتصل بها زوجها خلاله أما الحائض ، فكان طلاقها بدعة لأنها طلقت فى زمان لا يحتسب به من عدتها وفى هذا اضرار بها واطالة للعدة .

أما التى فى طهر اتصل بها زوجها فيه فلا ألغى أمرها هل حملت منه فلا يعتبر بالطهر وتعتد بوضع الحمل ، أم لا حمل فتعتد بالطهر .

أما النوع الثالث من الطلاق الذى لا هو بدعة ولا هو سنة فينطبق على خمس الصغيرة ، والتى بلغت سن اليأس والحامل ، وغير المدخول بها والمختلعة أما الصغيرة ومن بلغت سن اليأس ، فلا عتداد هما بالشهور التى لا تختلف بحيض ولا طهر

وأما الحامل فلاعتدادها بوضع الحمل الذى لا يؤثر فيه حيض أو طهر وأما غير المدخول بها فلأنه لا عدة عليها فيؤثر فيها حيض أو طهر وأما المختلعة فلأن خوفهما الزوج والزوجة — من أن لا يقيما حدود الله يقتضى تعجيل الطلاق ، من غير اعتبار سنه ولا بدعه .

٣ — اما وقوع الطلاق فى هذه الأقسام الثلاثة فهو على النحو التالى :

أ) طلاق السنه مجمع على وقوعه .

ب) طلاق ما لا سنة فيه ولا بدعة مجمع على وقوعه

جـ) طلاق البدعة

وطلاق البدعة محرم ديانة ، ويأثم الزوج لايقاعه عند الجميع واختلفوا في وقوعه قضاء إلى رأيين :ـ

الرأى الاول : ان طلاق البدعة لا يقع قضاء :

أصحاب هذا الرأى ـ ومنهم الظاهرية والشيعة الامامية وابن تيمية يرون ان الطلاق البدعى لا يقع ، فمتى طلق زوجته فى طهر لم يجامعها فيه ، أو طلقها وهى حائض ، أو طلقها ثلاثا بلفظ واحد لا يقع به طلاق وتبقى الزوجية كما هى ووجه قولهم هذا أن الأمر ـ بايقاع الطلاق على وجه مخصوص يقتضى الايجاب ، فما وقع على غير هذا الوجه المخصوص لا يعتبر ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال " من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " .

واصحاب هذا الرأى أعملوا الحديث فى طلاق البدعة بالنسبة للحائض ، وبالنسبه للطلاق فى طهر أتصل فيه الزوج بالزوجه أما فى الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو ألفاظ متتابعة ، فقد قالوا بوقوع طلقه رجعيه واحدة ، وهذا معقول لأن المتلفظ بالطلاق الثلاث (طلقة الثلاث) متفرقا أو مجموعا لا يهدر كلامه كله ، بل يحمل على اقله وهو التطليقة الواحده ، وهذا ما عليه القانون المصرى وفقا لما جاء فى المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ .

والرأى عندى أن القول بعدم الوقوع ديانه وقضاء يتفق مع القول بأن الأصل فى الطلاق الحظر ، ويفرض قيودا شرعية على حق الطلاق ويلبى مقاصد الشريعه فى النظام الاسرى ، وفى كل الاحوال يبدو واضحا موقف الشريعه الاسلامية من تحريم الطلاق .

غير المتعدد او المخالف للسنه التى توجب تفريق الطلقـــــات الثلاث التى يملكهــــا الزوج على ثلاثة اطهار•

المبحث الثاني

مشروعية الطلاق وصفته الشرعيــة

الأصل في الزواج الاسلامي أن يكون إلى الأبد ، ولكن الواقع قد يجعله إلى أمد لأن الخلاف قد يستحكم ، والشقاق قد يتفاقم ولا يكون لعودة السلام من سبيل إلا الفرقة بين زوجين استحالت العشرة بينهما ، وأصبحت دعوتهما إلى الاستمرار من قبيل التكليف بما لا يطاق وهو منهي عنه في الاسلام .

وقد اتجه إلى ذلك أصحاب الفكر الشديد من مسلمين وغير مسلمين ، يقول الشيخ الرئيس ابن سينا في كتاب " الشفاء " " وينبغي أن يكون إلى الفرقة سبيل ما ، وألا يسد ذلك من كل وجه لان حسم أسباب التوصل إلى الفرقة بالكلية ليقتضي وجوها من الضرر والخلل ، منها أن من الطبائع ما لا يألف بعض الطبائع ، فكلما اجتهد في الجمع بينهما زاد الشر والنبو ـ الخلاف ـ وتنغصت المعايش ، ومنها أن من الناس من يمنى بزوج غير كفء ولا حسن المذاهب ، في العشرة ، أو بغيض تعافه الطبيعة ، فيصير ذلك داعية إلى الرغبة في غيره إذ الشهوة طبيعية ، وربما أدى ذلك إلى وجوه من الفساد ، وربما كان المتزاوجان لا يتعاونان على النسل ، فإذا بدلا بزوجين آخرين تعاونا فيه ، فيجب ان يكون الى المفارقة سبيل ولكنه يجب ان يكون مشددا فيه " .

وقال بنتام " في كتابه " أصول الشرائع " إن الزواج الأبدى هو الأليق بالإنسان والملائم لحاجته والأوفق لأحوال الأسرة

والأولى بالأخذ لحفظ النوع الإنساني . ولكن إذا اشترطت المرأة على الرجل ألا تنفصل عنه ولو حلت في قلوبهما الكراهية محل الحب لكان ذلك أمراً منكراً لا يصدقه أحد من الناس.

فالعقل الصريح يتفق مع النص الصحيح فالقول بأهمية الطلاق رغم أنه بغيض على الله والناس . ومن هنا تتجلى حكمة الاسلام في إقراره ووضع الأحكام التكليفية التي تتعلق به .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : في مشروعية الطلاق

المطلب الثاني : الوصف الشرعي للطلاق

المطلب الاول
مشروعية الطلاق

الكتاب والسنة والاجماع هى الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية ولابد لمشروعية أى فعل انسانى أن يكون له سند فى واحد من هذه الأدلة .

والأصل فى مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والاجماع :

١ ـ القرآن الكريم :

أ) يقول الله تعالى فى سورة الطلاق " ياأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " وهذا وإن كان خطابا للنبى صلى الله عليه وسلم إلا أنه حكم عام فيه وفى جميع أمته ، فهو من الخاص الذى أريد به العموم .

ب) يقول تعالى فى سورة البقرة " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان " .

وهذه الآية تنظيم للطلاق ، من ناحية عدده ، وأنه ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات ، وأحكام الرجعة ومتى تجوز ، وهذا التنظيم القرآنى للطلاق دليل مشروعية .

جـ) وقال تعالى " لاجناح عليكم إن طلقتم النساء " وهى آية سورة البقرة تنفى الجناح والاثم عن فعل الطلاق ، إذا تم بحدوده الشرعية عددا ووقتا وهيئة .

٢ ـ في السنه النبويه :

أ) روى حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك ، ليس هذا طلاق المسلمين ، تطلق المرأة من قبل عدتها " .

وهذا التنظيم من رسول الله للطلاق ، والتفرقه بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم دليل مشروعية طلاق المسلمين

ب) وروى محارب بن دثار ، عن ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "أبغض الحلال الى الله الطلاق " .

والحديث يشير إلى أن الطلاق مشروع ولكنه مشروع بأسبابه ودواعيه .

جـ) وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعتاق "

وروى عنه صلى الله عليه وسلم " انه طلق حفصة ثم راجعها "

وما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الاسلام .

٣ـ الاجماع : انعقد الاجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا على جواز الطلاق ، وإجماع الأمة على حكم دليل شرعي تستمد الأحكام منها ، وقد ثبت أن الرسول قال " لا تجتمع أمتي على ضلالة" فاجماعها على

إباحة الطلاق دليل مشروعية ، يضاف إلى ماجاء فى القـــرآن الكريم والسنه النبوية.

ولم ينفرد الاسلام باقرار الطلاق وإثبات مشروعيته ، ولكنه نظمه وجعله نظاما إنسانيا يحقق مصالح الأسرة ، ولا يسلب المــــرأة حقوقها أو حرياتها.

فعند اليونان كان الطلاق مباحا ولكنه كان مجرد أثر من آثـــار سلطه الزوج المطلق على زوجته حيث كان اليونان ينظرون الــى المرأة باعتبارها متاعا تباع وتشترى. بل كان الزوج يزوج مطلقتــه لمن شاء فى حياته ، ويوصى بها لشخص آخر بعد مماته.

وقد عرفت تشريعات الانسان فى القديم والحديث الطلاق ، وكان موقفها منه يتأرجح بين التقييد والاطلاق ، إلا ما قال به "الكاثوليك" من "عدم إباحة الطلاق لأى سبب كان"

أما البروتستانت فقد قالوا بالطلاق فى حالتى الزنا وتغيير الديـــن واضاف "الارثوذكس" أسبابا أخرى تجعل مذهبهم اكثر مرونـــــة فى الطلاق عن غيره من مذاهب المسيحية الاخرى. أما القوانيـــن الوضعيه فان اكثرها يجيز الطلاق ، إلا أنه قد يتم بفعل الزوج وارادته وأغلب التشريعات الوضعية تسند الطلاق إلى القاضى ، ولكنهـــا تقر بمشروعيته فى كل الأحوال.

وهكذا أكدت فطرة الانسان موقف الاسلام من مشروعية الطـلاق فهو باعتباره دينا يراعى واقع المجتمع، وطبيعة الفرد ، مشرعا نظامـا

للطلاق يجمع بين المصالح ويحقق الخير العام على النحو التالي :ـ

١ـ الطلاق محظور أصلا ولا يباح الا لحاجة وضرورة وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام ، وتكفل تحقيق التوازن في حقوق كل واحد من الزوجين وواجباته • فالزوجية " ميثاق غليظ " كما سماها القرآن لا ينفصم إلا لأسباب ملحة • •

٢ـ الاسلام أباح الطلاق ، ولكنه جعله أمرا كريها على المجتمع بغيضا عند الله يقول الرسول صلى الله عليه وسلم " تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتزله عرش الرحمن " •

٣ ـ الطلاق مشروع للطرفين الزوج والزوجة ، فإذا كان الزوج بيده الطلاق يوقعه متى شاء • فإن الزوجة لها حق افتداء نفسها وهو مايسمى بالخلع ، ولها أن تطلب الفرقة من القاضي وعليه أن يجيب عند توافر الأسباب وثبوت حق الزوجة .

خلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وعند عدم الحاجة فهو حرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه •

المطلب الثاني

الوصف الشرعي للطلاق

يقصد بالوصف الشرعي للطلاق ، ما يثبت له شرعا من جهة كونه مطلوبا فعله أو مطلوبا تركه ، فإن كان مطلوب الفعل طلبا جازما فهو الواجب ، وإن كان مطلوب الفعل طلبا غير جازم فهو المندوب ، وإن كان مطلوب الترك طلبا جازما ، فهو الحرام ، وإن كان مطلوب الترك طلبا غير جازم فهو المكروه.

والفقهاء متفقون على أن تعتريه الأحكام التكليفية ، قال الدردير : " واعلم أن الطلاق من حيث هو جائز تعتريه الأحكام الأربعة من حرمة وكراهة ، ووجوب وندب ".

١ - الطلاق الواجب: يكون الطلاق واجبا أو يأثم الزوج بعدم إيقاعه في حالات كثيرة منها :-

أ) في حالة الايلاء : يرى الجمهور أن الزوج إذا أبى العودة إلى زوجته بعد مدة الايلاء فيجب الطلاق في هذه الحالة أما الاحناف فإنه يوقعون الفرقة بالايلاء بمجرد انتهاء المدة .

ب) يكون الطلاق واجبا إذا عجز الحكمان عن الاصلاح بين الزوجين ورأيا الحل في التفريق بينهما عند من يقول بالتفريق لذلك .

جـ) يكون الطلاق واجبا إذا عاد الزواج على موضوعه بالنقض وذلك إذا كان الزوج فاقد الطاقة الجنسية لا يمكنه تحصين زوجة أو إعفاف إمرأة لعدم قدرته على التلاقى ، فالتفريق هنا واجب . قال تعالى "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته" .

وإنما يجب الطلاق فى هذه الحالة دفعا للضرر الذى يحيق بكل الزوجين ، فعدم الطلاق يضر الرجل والمرأة على حد سواء ورفع الضرر واجب كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " وهذا الحديث إخبار فى اللفظ ولكنه نهى فى المعنى ، أى لا يضر بعضكم بعضا ، والنهى العارى من القرائن يفيد التحريم فالضرر حرام وحيث لا سبيل إلى ترك هذا الحرام فيما نحن فيه إلا بالطلاق يكون الطلاق واجبا ، فإن مالا يترك الحرام إلا به يكون واجبا ، فالطلاق واجب.

٢ ـ الطلاق المندوب:

وهو الذى يترجح فعله على تركه ولا إثم فى تركه وصوره متعددة منها :ـ

أ) إذا فرطت الزوجه فى حق من حقوق الله مثل ترك الصلاة عمدا .

ب) إذا كانت المرأة سيئة الاخلاق تؤذى زوجها وأهله وجيرانها بالقول والفعل

جـ) إذا طال الشقاق بين الزوجين رغم عدم اليأس من إصلاحه فالطلاق في هذه الحالة مندوب إليه ، حتى يعود الهدوء إلى حياة الطرفين ، ويرى البعض أن امتناع المرأة عن حدود الله يجعل الاقدام على طلاقها أقرب إلى الواجب.

٣ ـ الطلاق الحرام: على معنى أنه طلاق يعاقب فاعله ويثاب تاركه الطلاق الحرام هو الطلاق البدعي الذي تحدثنا عنه من قبل وأمثلته ما يلي: ـ

أ) الطلاق في الحيض: لأن طلاق الحائض يتم في زمان لا يحتسب به عدتها ، مما يؤدي إلى إطالة العدة بغير حق فهو إضرار بالمرأة ، ومن قواعد الشريعة

ب) الطلاق في طهر جامعها فيه: للإشكال في أمرها بين الحمل وعدمه ، وما يترتب على ذلك من أحكام في العدة.

وفي تعليل ذلك روى أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته في الحيض فقال الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر "مر ابنك فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها قبل ان يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء" يشير صلى الله عليه وسلم إلى قوله تعالى " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " فالطلاق في العدة هو الطلاق في الطهر الذي لا اتصال فيه بالمرأة ، وهذا واجب كما هو مقتضى الآية الكريمة أن لفظ طلقوهن أمر والأمر يقتضي الوجوب إذا كان بلا قرينة

ومخالفة الواجب حرام ، فالتطليق في الحيض أو في طهر فيه مساس مخالفة للواجب الذي أمر الله به ، ومخالفة الواجب حرام .

ولا خلاف بين الفقهاء في القول بالحرمة في الطلاق في الحيض أو في طهر تم فيه الاتصال بالمرأة ، والخلاف -كما سبق وأشرنا- في وقوع الطلاق قضاء من عدمه .

والطلاق الثلاث بلفظ واحد يلحق بالطلاق المحرم ، سواء وقع طلقات ثلاث كما هو عند المذاهب الأربعة ، أو وقع طلقة واحدة كما يرى الظاهرية والشيعة الامامية وابن تيمية .

٤ - الطلاق المكروه :

بمعنى أن يترجح تركه على فعله ، إذا كان الطلاق دون مبرر يقتضيه ، ولا سبب يدفع إليه وقد روى عن أحمد بن حنبل روايتان في هذا النوع أحداهما أن هذا النوع حرام لأن التطليق في هذه الحالة إضرارا بنفسه وزوجه وإعداما للمصلحة المترتبة على الزواج من غير حاجة إليه فكان حراما كاتلاف المال وكان حراما ايضا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " .

أما الرواية الأخرى فالتطليق مباح لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " أبغض الحلال الى الله الطلاق " .

والرأى الذى عليه الجمهور أن هذا الطلاق مكروه ، خاصة وأن رأى أكثرية الفقهاء أن الاباحة لا تعترى الطلاق لأن الحظر أصل فيه ، خاصة وأن الاحاديث التى تروى عن الرسول صلى

الله عليه وسلم فى شأن التدليل على الإباحة ، وما نقل عن الصحابة من أخبار ليس فيها أن طلاق الرسول أو صحابته الكرام كانت لغير سبب أو دون حاجة ، بل إن مقام النبوة ، وعلو شأن الصحابة يدعو إلى تنزيه أفعالهم من العبث ، أو ان تجئ لغير غاية أو دون سبب .

فالطلاق إذن لا تعتريه الإباحة ، وليس له من الأحكام التكليفية إلا أربعة هى الوجوب ، والندب ، والحرمة والكراهة على النحو الذى أوجزناه فى السطور السابقة .

المبحث الثالث
مصطلحات الفرقــــة

المصطلح أصبح علما ، وإحكامه يؤثر على سلامة الفكرة القانونية إيجابا وسلبا ، والفرقة بين الزوجين لها أسباب متعددة وصور متنوعة ، لا تجئ كلها فى مرتبة واحدة من الأهمية ، ولا نرى ضرورة تفصيلها فى دراسة موجزة تستهدف الأحكام العامة فى الفرقــــة ، وشرح التشريع المصرى للأحوال الشخصية فى ميدان الطلاق ، ويأتــى هذا البحث لتحقيق أمرين هما :

أمر علمى : يقتضى ضرورة ضبط المصطلح والتفرقة بين الطلاق وما قـد يختلط به من أسباب إنهاء الحياة الزوجية .

وأمر دراسى : تفرضه الدراسة الموجزة التى تقتضى ألا تعـرض لكل صور الفرقة ، وفى ذات الوقت ينبغى الاشارة إليها ليعرفهـــا الطالب إذا ما عرضت له فى دراسة علمية ، أو فى حياة عمليـــة وسوف نعالج موضوعنا فى مبحثين ، الأول يجمل مصطلحات الفرقة ، والثانى : يفرق بين الطلاق والفسخ وهو ما قد يتصل بكل أنــواع الفرقة بين الزوجين .

المطلب الأول : فى مصطلحات الفرقــــة

المطلب الثانى : فى الطلاق والفســـخ

المطلب الأول

في

مصطلحات الفرقة

١- الطلاق :

الطلاق في اللغة : الحل ورفع القيد ، وهو اسم مصدره التطليق ، ويستعمل استعمال المصدر ، وأصله : طلقت المرأة تطلق فهي طالق بدون هاء ، وروي بالهاء (طالقة) اذا بانت من زوجها ، ويراد فه الإطلاق ، يقال : طلقت وأطلقت بمعنى سرحت ، وقيل : الطلاق للمرأة إذا طلقت ، والإطلاق لغيرها إذا سرح فيقال : طلقت المرأة ، وأطلقت الأسير ، وقد اعتمد الفقهاء هذا الفرق ، فقالوا : بلفظ الطلاق يكون صريحا ، وبلفظ الإطلاق يكون كناية .

وجمع طالق طلق ، وطالقة تجمع على طوالق ، وإذا أكثر الزوج الطلاق كان مطلاقا ومطليقا ، وطلقة .

والطلاق في عرف الفقهاء هو : رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه .

والمراد بالنكاح هنا : النكاح الصحيح خاصة ، فلو كان فاسدا لم يصح فيه الطلاق ، ولكن يكون متاركة أو فسخا .

والأصل في الطلاق أنه ملك الزوج وحده ، وقد يقوم به غيره بإنابته ، كما في الوكالة والتفويض ، أو بدون إنابة ، كالقاضي في

بعض الأحوال . قال الشربينى فى تعريف الطلاق نقلا عن التهذيب : تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب ، فيقطع النكاح .

٢ـ الفسخ :

الفسخ في اللغة: النقض والإزالة وفى الاصطلاح : حل رابطة العقد وبه تنهدم آثار العقد وأحكامه التى نشأت عنه .

وبهذا يقارب الطلاق ، إلا أنه يخالفه فى أن الفسخ نقض للعقد المنشئ لهذه الآثار ، أما الطلاق فلا ينقض العقد ، ولكن ينهى آثاره فقط .

٣ ـ المتاركة :

المتاركة في اللغة: الرحيل والمفارقة مطلقا ، ثم استعملت للإسقاط فى المعانى ، يقال : ترك حقه إذا أسقطه

وفى الاصطلاح : ترك الرجل المرأة المعقود عليها بعقد فاسد قبل الدخول أو بعده ، والترك بعد الدخول لا يكون إلا بالقول عند أكثر الفقهاء ، كقوله لها : خليت سبيلك ، أو تركتك ، وكذلك قبل الدخول فى الأصح .

والمتاركة توافق الطلاق من وجه وتختلف من وجه ، توافقه فى حق إنهاء آثار النكاح ، وفى أنها حق الرجل وحده ، وتخالفه فى أنها لا تحسب عليه واحدة ، وأنها تختص بالعقد الفاسد والوطء بشبهة ، أما الطلاق فمخصوص بالعقد الصحيح .

٤ـ الخلـــع:

الخلع في اللغة: النزع ، وخالعت المرأة زوجها مخالعــة واختلعت منه إذا افتدت منه وطلقها على الفدية ، والمصدر الخلـع والخلع أسم .

وهو في الاصطلاح : إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما فـي معناه مقابل عوض تلتزم به الزوجة أو غيرها للزوج .

وقد ذهب الحنفية في المفتى به ، والمالكية والشافعية فــي الجديد ، والحنابلة في رواية: إلى أن الخلع طلاق . وذهـب الشافعي في القديم ، والحنابلة في أشهر ما يروى عن أحمد إلـى أنه فسخ .

٥ـ التفريـــق:

التفريق في اللغة: مصدر فرق ، وفعله الثلاثي فرق ، يقـــال فرقت بين الحق والباطل ، أي فصلت بينهما ، وهو في المعانـــي بالتخفيف ، يقال : فرقت بين الكلامين وبالتشديد في الأعيان ، يقال : فرقت بين العبدين ، قاله ابن الأعرابي والخطابي ، وقـال غيرهما : هما بمعنى واحد ، والتشديد للمبالغة .

والتفريق في اصطلاح الفقهاء : إنهاء العلاقة الزوجية بيــن الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب احدهما لسبب ، كالشقـاق والضرر وعدم الإنفاق ، أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشـرع ، كما إذا أرتد احد الزوجين .

وما يقع بتفريق القاضى : طلاق بائن فى أحوال ، وفسخ فى أحوال أخرى ، وهو طلاق رجعى فى بعض الأحوال .

٦ـ الإيـــلاء :

الإيلاء : فى اللغة الحلف ، من آلى يؤلى إيلاء ، يجمع علـــى ألايا .

وفى الاصطلاح : حلف الزوج على ترك قرب زوجته مدة مخصوصـــة .
وقد حدد القرآن الكريم ذلك بأربعة أشهر فى قوله تعالى " للذيـــن يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر " فإذا انقضت الأشهر الأربعـة بغير قرب منه لها طلقت منه طلقة بائنة عند الحنفية ، واستحقـــت الطلاق منه عند المالكية والشافعية والحنابلة ، حيث ترفعها الزوجــــة للقاضى ليخيره بين القرب والفراق ، فإن قربها انحل الإيلاء ، وإن رفض فرق القاضى بينهما بطلقة .

٧ـ اللعـــان :

اللعن فى اللغة : الطرد والإبعاد من الخير ، والمسبة ، يقال : لعنه لعنا ، ولاعنه ملاعنة ، ولعانا ، وتلاعنوا ، إذا لعن بعضهـــم بعضا .

وفى اصطلاح الفقهاء : عرفه الكمال بن الهمام ، بأنه اسم لمـــا يجرى بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة .

وقد سمى باللعان لما فى قول الزوج فى الأيمان : إن لعنــــة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وذلك وفقا لقوله سبحانه " والذيــــن

يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم اربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين " .

والتحريم بعد اللعان بين المتلاعنين يكون على التأبيد ، أما الطلاق فليس بالضرورة كذلك .

٨ـ الظهار :

الظهار قول الرجل لامرأته : " انت عليَّ كظهر امي " وكان عند العرب ضربا من الطلاق .

وفي الاصطلاح : تشبيه المسلم زوجته أو جزءا شائعا منها بمحرم عليه على التأبيد كأمه وأخته ، بخلاف زوجة الغير ، فإن حرمتها مؤقتة ، ويسمى الظهار بذلك لما غلب على المظاهرين من التشبيه بظهر المحرم ، كقوله لزوجته " أنت علي كظهر أمي " وإن كان الظهار ليس مخصوصا بالتشبيه بالظهر .

ولا تفريق بين الزوجين في الظهار ، ولكن يحرم به الوطء ودواعيه حتى يكفّر المظاهر فإن كفر حلت له زوجته بالعقد الأول .

المطلب الثاني

بين
الطلاق والفسخ

قلنا في المطلب السابق أن الطلاق إنهاء لعقد الزواج ، وهو لا يكون إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة في عقد زواج صحيح ، ولكن الفسخ نقض للعقد من أساسه ، وبه تنهدم آثار العقد ، والفرق على تنوعها كما عرضنا اختلف في كونها طلاقا أو فسخا بحيث أصبح من الضروري التمييز بين الفسخ والطلاق في الآثار وفي الأحكام الفقهية .

يتميز الطلاق عن الفسخ -كما عرضه الشيخ زكريا البرديسي- بما يأتي :-

١) الطلاق لا ينقض العقد مطلقا ولا يزيل الحل إلا في حالة البينونة الكبرى وإنما ينهي الزواج بلفظ خاص يترتب عليه زوال الملك كما في الطلاق البائن أو نقصانه كما في الطلاق الرجعي .

أما الفسخ فقد ينقض عقد الزواج في بعض الحالات ويجعله كأن لم يكن كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة ، وقد لا ينقضه في بعض الحالات كالفسخ بسبب ارتداد الزوجة عن الإسلام .

ب) إنهاء الزوجية بالطلاق : لا يرجع إلى شئ يتنافى مع عقد الزواج ولا إلى شئ يقتضي عدم لزومه لأن الطلاق حق الزوج بمقتضى عقد الزواج فلا يشترط أن تكون هناك أسباب قارنت العقد فجعلته

غير لازم أو طرأت بعده فأوجبت عدم استمراره •

أما إنهاء الزوجية بالفسخ فيكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج واستمراره كردة الزوجة أو اتصال الزوج بأم زوجته أو ابنتها أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو أبيه •

أو بسبب حالات كانت مقارنة للعقد مقتضيه عدم لزومه من الأصل كما إذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد ثم بلغا وكما إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة الرشيدة نفسها من غير كفء أو بدون مهر المثل •

والحالات الأولى الطارئة على العقد التى تتنافى مع بقاء الزواج واستمراره لا تكون نقضا للعقد من أساسه •

أما الحالات الثانية التى تكون مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه من الأصل فهى ناقضة للعقد من أساسه •

والفرق فى الحكم بين الفسخ الذى ينقض العقد من أصله والذى لا ينقضه يظهر فيما يأتى :ـ

١) إن الفسخ الذى يعد نقضا للعقد لا يوجب شيئا من المهر سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة لأن الفسخ فى هذه الحالة نقض للعقد من أساسه والمهر حكم من أحكامه • اللهم إلا إذا اتصل بالمهر ما يؤكده •

أما الفسخ الذى لا يعد نقضا للعقد من أصله فإن كان من قبل المرأة قبل أن يؤكد المهر سقط المهر كله وإن كان من قبل الرجل وجب نصف المهر •

٢) إن التى فسخ زواجها بما هو ناقض للعقد من أساسه لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة فإذا استأنف الزوجان حياة جديدة لا يعد الطلاق الذى حدث فى عدتها من عدد الطلقات لأن الطلاق أثر للعقد وقد نقض فلا يثبت طلاق .

أما التى فسخ زواجها بما لا يعد نقضا للعقد من أصله لا يلحقها الطلاق فى أثناء العدة إذا كان استئناف الحياة الزوجية ممكنا فمن ارتد مثلا وفسخ زواجها بسبب الردة يلحقها الطلاق فى العدة فإذا طلق الزوج فيها وأستأنف الزوجان حياتهما الزوجية بعد ذلك احتسب هذا الطلاق من عدد الطلقات .

والفسخ الذى لا يعد نقضا للعقد ينقسم إلى قسمين :ــ

أ) فسخ يمنع الزواج على التأبيد وهو الفسخ الذى هو بسبب حدوث تحريم بين الرجل والمرأة على التأبيد كأن يقع من الزوج ما يوجب حرمة المصاهرة كأن يتصل بأصل الزوجة أو فروعها .

ب) فسخ يمنع الزواج على التأقيت وهو الفسخ الذى يكون بسبب حدوث تحريم موقت بين الزوجين كالردة واللعان وهذا الفسخ الذى يعد نقضا للعقد من اصله يكون غالبا محتاجا إلى أمر القاضى لانه يكون مبنيا على أمور هى محل تقدير بين يدى القضاة .

اما الفسخ الذى لا يعد نقضا كحدوث ما يوجب التحريم فإنه لا يحتاج إلى القضاء .

جـ) إنهـــاء الزواج بالطلاق ينقص من عدد الطلقات التـى يملكها الرجل سواء كان الطلاق رجعيـــا أو بائنا .

أما إنهاء الزواج بالفسخ فلا ينقص به عدد الطلقات التى يملكها الرجل على المرأة .

د) الفسخ لا يقع فى عدته طلاق إلا ما يكون بسبب الـردة أو الإباء عن الإسلام . أما الطلاق فيقع فى عدته الطلاق لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحل هذا وقـد ضبط أئمة المذهب الحنفى كلا من الفسخ والطـــلاق بضابط يتميز به كلا هما عن الآخر ولكنهم اختلفوا فـى هذا الضابط .

فأبو يوسف يقول : كل إنهاء للزواج يكون بسبب من جانـب الزوجه فهو فسخ كردة الزوجة أو إبائها الإسلام وتمكين أب الـزوج أو أبنه من نفسها .

وكذلك كل إنهاء للزواج بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة كردة الزوج أو إبائه الإسلام .

ومما يعتبر فسخا أيضا إنهاء الزواج بسبب ملك الزوج زوجتـه لان نظير ذلك فى جانب الزوجة يعتبر فسخـــا .

أما إذا كان إنهاء الزواج بسبب من جهة الزوج وليس لهـذا السبب مثيل من جانب الزوجه فإن الإنهاء فى هذه الحالة يكـون

طلاقا كإنتهاء الزواج بألفاظ الطلاق أو بالعيب فى الزوج مثل الجب والعنة والخصاء .

والإمام محمد لا يختلف عن أبى يوسف فيما ذهب إليه إلا فى شئ واحد فهو يعتبر أن إنهاء الزواج الذى يكون بسبب من جهة الزوج سواء كان له مثيل من جانب الزوج أو ليس له مثيل يعتبر طلاقا فإنهاء الزواج عنده بسبب ردة الزوج أو إبائه الإسلام يعتبر طلاقا لا فسخا .

والإمام أبو حنيفة يوافق محمدا فيما ذهب إليه ولا يخالفه إلا فى ردة الزوج فأبو حنيفة يعتبر إنهاء الزواج بها فسخا لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث أن صاحبها مهدر الدم فإنهاء الزواج بسبب الردة كإنهاء الزواج بسبب الموت ، وبما أن الأخير لا يعد طلاقا فكذلك الأول .

وإنهاء الزواج سواء اعتبر فسخا أو طلاقا منه ما يتوقف على قضاء القاضى ومنه ما لا يتوقف على ذلك .

فالإنهاء المعتبر فسخا ويحتاج إلى القضاء ما يأتى :-

١) الإنهاء بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة إذا كان الزوج غير الأب والجد وكذا الإنهاء بسبب خيار الإفاقة بعد الجنون

٢) الإنهاء بسبب عدم الكفاءة فى الزواج أو نقصان المهر عن مهر المثل .

٣) الإنهاء بسبب إباء الزوجة غير الكتابية عن الإسلام عند إسلام

زوجها وذلك بالاتفاق • وكذلك الانهاء بسبب اباء الزوج عن الاسلام بعد اسلام زوجته عند ابى يوسف•

والانهاء المعتبر طلاقا ويحتاج إلى القضاء مايأتى :ــ

أ) الإنهاء بسبب عيب من العيوب التى تكون بالزوج الجب والعنة •

٢) الإنهاء بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته على رأى الطرفين •

٣) الإنهاء بسبب اللعان على رأى أبى حنيفة و محمد فإن اللعان طلاق بائن عندهما •وزاد القانون الإنهاء بسبب الاضرار بالزوجة وبسبب إعسار الزوج بالنفقة وبسبب غيبة الزوج أو حبسه •

أما الإنهاء الذى لا يتوقف عن القضاء فإما أن يكون إنهاء معتبراً فسخاً أو إنهاء معتبراً طلاقاً •

فمن الأول :

١) الإنهاء بسبب ملك أحد الزوجين الآخر•

٢) الإنهاء بسبب خيار العتق للزوجة

٣) الإنهاء بسبب ردة الزوج عن الإسلام وبقاء الزوجة مسلمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف •

٤) الإنهاء بسبب ظهور فساد العقد •

ومن الثانى :

١) الإنهاء بلفظ الطلاق أو الإيلاء

٢) الإنهاء بسبب ردة الزوج عن الإسلام على رأى محمد ؟

الفصل الثانى
الفرقـة الارادية

لا جدال فى الإسلام فى استقلال الزوج بحق الطلاق ، وله أن يوقعه بإرادته المنفردة ، وله ينيب فيه ، فإذا أناب الغير كان وكيلا عنه فى ايقاع الطلاق ، وإذا أناب زوجته كانت مفوضة فى طلاق نفسها ، وفى الحالتين يبقى حق الزوج فى الطلاق بإرادته المنفردة ، لا تقيده وكالة ، ولا يمنعه تفويض.

والفرقة الإرادية نوعان :-

الأولى :- فرقة بالارادة المنفردة للزوج وهى الطلاق بالمعنى الفقهى الدقيق ، وهى حق خالص للزوج ، ولا يشاركه أحد فيه، ولا يتولاه غيره إلا بانابة منه، فإذا كان نقاص الإهلية لصغر أو جنون فالرأى الراجح أن لا يباشر وليه الطلاق بدلا منه على الرغم من ثبوت ولاية التزويج له.

وهذا له حكمة بالغة حتى لا يتسلط الولى على الزوجة ستهد بأمر الزوجية حتى تكون طيعة له خوفا من سلطة الطلاق التى تستند إليه.

الثانية :- فى فرقة بإرادة الطرفين وتسمى خلعا ، ويعتبر الخلع طلاقا عند جمهور الفقهاء ، ويرى الشافعى فى القديم وأحمد فى رواية عنه انها فسخ

فالطلاق الإرادى بنوعيه يتم فى غير حاجة إلى قضاء ، فحق الطلاق يكفى فيه إيقاعه من الرجل ، وفى الخلع يتم من الرجل بناء على اتفاق الطرفين الزوج والزوجة.

والفرقة الإرادية التى هى محل الدراسة فى هذا الفصل هى الفرقة الإرادية بالإرادة المنفردة ، أى الطلاق بالمعنى الفقهى الدقيق .

٢) حكمة تشريع الطلاق :ـ

الاسلام وهو يتفاعل مع الواقع ، يستجيب لضروراته ، ومنها الطلاق ، فعلى الرغم من دعوة الإسلام المتصلة إلى حسن أختيار رفيقة الحياة ، وأهمية معرفة الخطيبة ـ شكلا وعقلا وقلبا ـ فقال صلى الله عليه وسلم " تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم " وقال صلى الله عليه وسلم " تنكح المرأة لأربع : لما لها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك ".

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة عندما خطب امرأة " انظر إليها فإنه احرى ان يؤدم بينكما ".

رغم هذا السياج الذى أراد الإسلام أن يحمى به الزوجية من الفشل ، ومنزلها من التداعى إلا أن الحياة العملية تفرز قرارات خاطئة ، وحيوات زوجية فاشلة ، فكان الطلاق علاجا يدرأ أخطاراً اكبر ونتائج تدمر الإنسان فى كيانه ومقومات وجوده ،

بل وقد تؤدى بالمجتمع نفسه ، وقواعد الإسلام تقدم الضرر الاخف على الضرر الأشد ، وفقا للقاعدة الفقهية الكلية " يختار أهون الشرين " والقاعدة الفقهية القائلة : " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " .

ويستأنس فى ذلك بما ورد عن ابن عباس أن زوجة ثابت ابن قيس بن شماس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت له " يا رسول الله : ثابت بن قيس ما اعتب عليه فى خلق ولا دين ، ولكننى أكره الكفر فى الإسلام ، قال صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ " قالت نعم يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إقبل الحديقة وطلقها تطليقة " .

وسوف ينقسم هذا الفصل الى ما يلى :ـ

المبحث الاول :ـ ما يقع منه وعليه الطلاق .
المبحث الثانى :ـ ما يقع به الطلاق .
المبحث الثالث :ـ أنواع الطلاق وما يثبت به .

المبحث الاول

مايقع منه وعليه الطـــــلاق

الطلاق ـ كما يقول الماوردى ـ لايصح إلا من زوج ولا يقـــع إلا على زوجة ، فيختص الزوج بالطلاق ، وإن اشترك الزوجان فـــى عقد الزواج ، وهو أحد التأويلات فى قوله تعالى : (وللرجـــال عليهن درجة) وأن الرجل يملك الطلاق ولاتملكه المرأة .

فإن قيل لم اشترك المرأة والرجل فى عقد الزواج ، وتفـــرد الزوج بالطلاق ؟ فذلك عند الفقهاء لأمرين أحدهما : أنه لمـــا أشترك الزوجان فى الإستمتاع ، جاز أن يشتركا فى عقد النكاح ، ولمـــا اختص الزوجة بالمؤنـة والنفقة ، من صداقة وانفاق ومتعة ، جـــاز أن يختص الزوج بايقاع الفرقـــة .

والثانى : أن المرأة لم يجعل الطلاق إليها ، لان عاطفتهـا تغلبها ـ فى الغالب الذى تقوم عليه الأحكام ـ فلم تؤمن معهـــا معاجلة الطلاق عند التنافر ، والرجل اغلب لشهوته منها ، وانه يؤمن منه معالجة الطلاق عند التنافر .

إن الاسلام لايستعجل الطلاق ، وإنه هو الحل الأخيـــر ، وإقتصاديات الزواج كلها على الرجل ، فلن ينهى زواجا قائمـــا بأعبائه إلا بعد تفكير عميق ، كم لن يبدأ زواجا جديدا بتكاليفـــه إلا بعد تدبر وتثبت ، فلأن أعباء الفراق المادية كلها على عاتقـــة

كان طبيعيا ان يكون القرار بيده مع التحرز من أن يستبد به أو يتعسف في استعماله وكل ذلك راعته الشريعة، ووضعت من القواعد ما يحول دون كثرة تكراره، وما يرفع عند وقوعه من أخطاره.

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول : من يقع منه الطلاق .

المطلب الثاني : من يقع عليها الطلاق .

المطلب الاول

من يقع منه الطلاق

أولا : الزوج يملك الطلاق :-

الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق ، ولم تسند الآيات القرآنية التفريق بالطلاق إلا إليه يقول تعالى : " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف " ويقول تعالى : " فإن طلقها فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجا غيره " .

فالطلاق هو الفرقة التي يملكها الزوج وحده ، وعبارته فيها هي المعتمدة ، بإرادته المنفردة ، ولا يسأل الرجل لأسباب إجتماعية تتعلق بأسرار الأسرة ، وخصوصيات الزوجة ، وقد أكد الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك في الحديث المروي عنه " إنما الطلاق لمن أخذ

بالساق " ،وهذا الحديث يفيد عن طريق الحصر الموجود فيه بألا طلاق لغير الزوج ، فمن قواعد اللغة العربية أن إنما تفيد قصر ما يليها على ما بعده ، وبهذا الحديث يثبت أن الطلاق حق الزوج فلا يملكه احد غيره. والنتائج التشريعية التى تترتب على ذلك مايلى :ـ

١) لايجوز لغير الزوج أن يطلق ،ويطلق الحاكم عليه إذا وجدت أسباب الطلاق وامتنع الزوج التطليق ، فحتى لا يصبح الطلاق مستحيلا وقد توفرت أسبابه ودواعيه ، يطلق القاضى على الزوج بماله من ولاية شرعية.

٢) لا يجوز لولى الصغير أن يطلق عليه زوجته ، وهذا هو الرأى الفقهى الراجح وعليه الأحناف والشافعية ومعهم الزيدية ، والأمامية من الشيعة . إلا أن الأمامية يرون أن ولى المجنون والمعتوه له ان يطلق عليه ، ويرى المالكية والحنابلة فى المشهور أن لولى الصغير والمجنون أن يطلق عليهم . والقضاء المصرى على ماذهب إليه الأحناف فليس للولى ان يطلق لأى سبب من الأسباب

٣) لأن الزوج هو صاحب الحق فى الطلاق ، فإنه متى تلفظ بالطلاق فى أى وقت ، وفى أى مكان يترتب عليه أثره مادام مستوفيا لأركانه وشروطه ، دون التوقف على أى شئ آخر.

ثانيا : الشروط المتعلقة بالمطلق :ـ

١) أن يكون زوجا بالغا : والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح .

وليس أى زوج بل الزوج البالغ ، وقد ذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزاً أوغير مميز ، مراهقا أوغير مراهق ، أذن له بذلك أم لا .

وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم قال (كل الطلاق جائز إلا طلاق الصبى والمجنون) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ " ثم إن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق بالمطلق فلا يملكه الصغير ولا يملكه الولى . والحنابلة يفرقون بين الصبى الذى لا يعقل فلا يقع طلاقه باتفاق مع الجمهور ، والصبى الذى يعقل الطلاق ، ويعلم أنه به تبين زوجته وتحرم عليه فيقولون إن طلاقه واقع ،والقانون المصرى على أن طلاق الصبى لا يقع منه ولا من وليه .

٢) العقل : العقل آلة يعرف بها المرء الحق من الباطل ، والخطأ من الصواب ، ومن الظلم أن يسأل من لاعقل له ، ومن الغبن أن تصح تصرفات غير العقلاء .

وقد ذهب الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية وعديم الأهلية كلاهما لا يعتد بتصرفاته، وبالتالي لا يصح طلاقه، فالأهلية تمتنع بموانع طبيعية في مقدمتها الصغير، وموانع مرضية على رأسها الجنون .

أ) طلاق الصبي :- لا يقع طلاق الصبي ، فالعقل والبلوغ شروط لا بد منها في المطلق ،وعلى الرأي الراجح ، وطبقا لما عليه القضاء المصري فإن طلاق الصبي لا يقع حتى ولو كان مميزا بالغا .

ب) طلاق المجنون : الجنون اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان ، تجعله لا يعرف الحسن من القبيح ، ولا يقدر العواقب فهو آفة في العقل تجعله غير أهل للتكليف .

والجنون نوعان ، جنون مطبق:يمثل حالة مستمرة تتلبس الانسان في كل حياته وبالتالي تبطل كل تصرفاته ومنها الطلاق ، فالفقه والتشريع المصري يقرر أن عدم وقوع طلاق المجنون .

وجنون متقطع :- وهو الذي يغيب فيه العقل حينا ، ويعود صاحبه كما كان عاقلا أحيانا كثيرة . وحكم الطلاق في هذه الحالة انه واقع في حالة الإفاقة ، غير واقع في حالة الجنون ، والعلة واحدة هي بقاء العقل في الأولى ،وغيابه في الثانية . فحيث تزول الأهلية أو تنقص لا يقع الطلاق .

وقد الحق الفقهاء بالمجنون النائم ، والمغمى عليه والمدهوش.

ج) طلاق المعتوه :- المعتوه ـ كما يقول ابن عابدين ـ

شخص قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون. وأيضا لا يقع طلاق المعتوه فقهاً وقانوناً لفساد العقل الذى هو مناط التكليف ، ومصدر صحة التصرفات أو اعتبارها شرعا.

والرأى عندى أن الجنون والعته حالتان مرضيتان لا تثبتان فى حق أحد بغير رأى المختص وهم أهل الخبرة فى هذا المجال ، فلا يثبت الجنون بحكم الرجل العادى فقد يدعى الشخص الجنون أو العته ليتخلص من المسئولية عن تصرفاته ومن بينها الطلاق ، فكل إنسان بلغ سن العقل طلاقه واقع نافذ حتى يثبت بالدليل القاطع أنه مجنون أو معتوه ، أما الصغر فهو واقعة مادية ظاهرة تثبت بواقعة الميلاد.

د) طلاق السكران :- السكر غيبة فى العقل ، وحدها عند أبى حنيفة ألا يعلم الأرض من السماء ، وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى : هو أن يختلط كلامه.

ولأنه غيبوبة فى العقل ، ونقص فى الإدراك والسكر نوعان : سكر اختيار وسكر إضطرار.

الأول : سكر الاضطرار : وهو أن يتعطل العقل عن العمل بفعل مباح كشرب الخمر للتداوى ، متى تعين الخمر علاجا يقول بـــه طبيب ثقة ، وهذه الحالة لا يقع فيها الطلاق باتفاق الفقهاء .

فإذا كان السكر عن جهل أو اكراه ، فالجمهور وبعـــض الحنفية يرون أن الطلاق هنا لا يقع أيضا ، لأنه أشبه بالنائـــم ، بل إن عدم وقوع طلاق السكران فى هذه الحالة أولى من عدم وقـــوع طلاق النائم ، لأن النائم ينتبه بالتنبيه وليس كذلك السكران .

وهذا الرأى صحيح فى المنقول والمعقـــول .

والثانى : سكر الاختيار : وهو السكر بمحظور ، حيـــث يصبح متعديا بسكره ، وطلاق السكران باختياره واقع عند جمهـــور الفقهاء رغم غياب عقله بسكره .

وقد سبق لنا فى رسالتنا للدكتوراه عن "أساس المسئوليـــة الجنائية" أن حققنا هذه المسألة وانتهينا إلى أن العقل هـــو أساس التكليف ، وغيابه هو علة عدم صحة تصرفات السكران ومن بينهـا طلاقه ، ولا فرق بين سكر بمحظور أو عن معصية وسكر بغير ذلك .

والسكر له عقوبته المحددة فى الشريعة ، فلا تثبت عليه عقوبة أخـــرى .

والرأى عندى أن طلاق السكران ـ اضطرارا واختيارا ـ لا يقع ، وقد اختار ذلك المشرع المصرى فى القانون رقم ٢٥ لسنـــة ١٩٢٩ مخالفا مذهب الأحناف ونصت المادة الأولى منه على أنه "لا يقع طلاق السكران".

هـ) طلاق المدهوش :- هو حالة من الانفعال المفاجئ تضطرب فيها الأقوال والأفعال ، وحكمة في الفقه الراجح عدم وقوع طلاقه ، وهو ما اختاره مشروع قانون الاحوال الشخصية الذي اقره مجمع البحوث الاسلامية .

و) طلاق الغضبان :- الأصل في الفقه أن الغضب لاأثر له في صحة التصرفات الشرعية ومنها الطلاق ، إلا أن الغضب الذي يصل إلى حالة الدهش لابد أن يؤثر في تصرفاته - هذا هو الحق والعدل - وقسم ابن القيم الغضب اقساما ثلاثة نقلها عنه ابن عابدين وعلق عليها فقال ، طلاق الغضبان ثلاثة أقسام :

احدهما : أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ، ويعلم مايقول ويقصده ، وهذا لا إشكال فيه ، بل طلاقه واقع .

الثاني : أن يبلغ النهاية ، فلا يعلم مايقول ولا يريده ، فهذا لاريب انه لاينفذ شيء من اقواله ومنها الطلاق .

الثالث : من توسط بين المرتبتين بحيث يصير كالمجنون ، فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله يقول " ابن عابدين " والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم مايقول ، بل يكتفي فيه بغلبة الهذيان ..

وهذا ماراه الفقه المصري المعاصر في مشروع الاحوال الشخصية ، ونص على عدم وقوع طلاق الغضبان ".

٣) القصد والاختيار :ـ

والشرط الثالث من شروط المطلق أن يكون لديه قصد واختياره والقصد هو اللفظ الموجب للطلاق من غير إجبار.

وهذا الشرط يقتضي عرض موقف الفقه من طلاق المكـــره، والمخطئ، والهازل، والسفيه والمريض.

أ) طلاق المكره :ـ ويقصد به حمل الرجل المتـــزوج على الطلاق بالاجبار بأداة ترهبه في نفسه أو عياله أو ماله، وقـــد ذهب جمهور الفقهاء على ان طلاق المكره لا يقع إذا كان الاكـــراه شديدا وذلك استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم " لا طلاق ولا عتاق في اغلاق " أي إكراه، وقوله صلى الله عليه وسلم : " إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "، وعلة الحكم انعدام القصد والارادة، وهذا كله عند الاكراه بغير حق ، أما الإكـــراه بحق كان يجبره القاضي على الطلاق فيقع طلاقه بالاجماع أما الأحناف فيرون وقوع طلاق المكره. ورأى الجمهور هو الأقوى دليلا والأرجـــح منطقا ، وقد اختاره مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصيـــة فنص المشروع " على أن طلاق المكره لا يقـــع ".

ب) طلاق المخطئ :ـ المخطئ شخص جرى لفـــظ الطلاق على لسانه بلا نية ولا قصد ، فقد أراد لفظا ونطق بغيـــره، وقد ذهب جمهور الفقهاء على عدم وقوع هذا الطلاق قضاء وديانـــة متى ثبت الخطأ ، ويرى الاحناف أن طلاق المخطئ واقع قضـــاء.

ولا يقع ديانة، سواء ثبت خطؤه أم لا . وهدفهم في إيقاعهم سد الذريعة وفتح باب الإدعاء بغير حق للتخلص من وقوع الطلاق .

ج) طلاق الهازل :- الهازل يقصد اللفظ ولا يقصد النتيجة، يقصد التلفظ بالطلاق، ولا يريد إيقاعه، وقد اتفق الفقهاء على صحة طلاق الهازل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ".

فالهازل قصد اللفظ الذي ربط الشارع به وقوع الطلاق ، فيقع الطلاق بوجوده مطلقا . فالهازل يقصد اللفظ، ولا يقصد الأثر المترتب عليه ، فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول، وصريح المعقول .

د) طلاق السفيه :- السفه - كما في موسوعة الفقه - خفة في العقل تدعو الى التصرف بالمال على غير العقل والشرع ، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفيه، لأنه مالك لمحل الطلاق . ولأن السفه موجب للحجر على المال ، وهذا تصرف في النفس ، وهو غير متهم في حق نفسه، فإن نشأ عن طلاق السفيه آثار مالية كالمهر فهي تبع لا أصل ، والسفيه له أن يزوج نفسه فله أيضا أن يطلق من باب أولى .

هـ) طلاق المريض مرض الموت :- مرض الموت هو الذي يغلب على صاحبه الهلاك ، ويتصل به واقعة الموت، وقد رأى الفقهاء

فى مرض الموت حالقعد تؤثر على القصد والاختيار ، وتثور التساؤل حول صحة بعض التصرفات . خاصة طلاق المريض مرض الموت . ومجمل آراء الفقهاء مايلى :ـ

الأصل أن طلاق المريض واقع وتصرفه صحيح ، سواء كان المرض عاديا أو مرض موت ، إلا أنه طلاق المريض مرض الموت له أحكام خاصة رغم وقوع طلاقه .

فإذا كان الطلاق رجعيا فلا أثر له على ميراث الزوجة ، لأنه طلاق لا يزيل الزواج فى الحال . فترث منه فى الطلاق الرجعى ويرث منها .

أما الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى فرأى جمهور الفقهاء أن الزوجة المدخول بها إذا طلقها الرجل فى مرض الموت بغير طلب منها أو رضا طلاقا بائنا ، ثم مات وهى فى عدتها منه ، يكون فارا من إرثها حكما ، وترث منه رغم وقوع الطلاق فى الحال .

ويرى الشافعية عدم إرث المعتدة من طلاق بائن فى كل الأحوال ، وواضح أن رأى يتطبق بشرطين :ـ

الشرط الأول : أن المطلقة البائنة لا ترث إلا إذا كانت أهلا للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فلو كان بها مانع ميراث كالقتل أو اختلاف الدين فلا ترث حتى لو طلقت فى مرض الموت .

الشرط الثاني : ألا تكون الزوجة قد طلقت طلاقاً بائنــــا بناء على طلبها ذلك من الزوج .

ويرى ابن حزم أن طلاق المريض واقع سواء كان في مـــرض الموت أو في غيره ، فلم يأت عند ابن حزم نص من الكتاب والسنــــة مايفرق بين طلاق المريض وطلاق الصحيح .

المطلب الثانـي

من يقـع عليها الطـــلاق

أولا : محل الطـــلاق :ـ

لا يقع الطلاق على أية امرأة ، بل محله الزوجة في زوجيـــة صحيحة ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، فالطلاق أثر من آثـــار العقد الصحيح ، ويترتب على ذلك ما يلـي :ـ

١) لا يقع الطلاق في الزواج الفاسد ، ويعد لفظ الطلاق فيه متاركة ، لا تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجـــل ، لأن الفرقة هنا ليست طلاقاً ، وكما جاء في " رد المحتار " لابن عابدين " ان المتزوجة بعقد فاسد لو طلقها الرجـل ثلاثا ، له أن يتزوجها بلا محلل ، لأن الطلاق لا يتحقـــق في الزواج الفاسد ، ولذا لا ينتقص به العدد فهو متاركـــة لا طلاق .

٢) لا يقع الطلاق على المرأة بعد الوطء بشبهة ، لانعدام الزوجية أصلا ، والطلاق لا يرد إلا على عقد زوج صحيح .

٣) جمهور الفقهاء على أن المرأة المعتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق ، لأن الطلاق الرجعي لا ينهي العلاقة الزوجية قبل انقضاء العدة .

٤) جمهور الفقهاء على عدم وقوع الطلاق على المعتدة من طلاق بائن سواء كانت البينونة كبرى أو صغرى ، لانقضاء الزواج في الحال بالطلاق البائن حتى مع بقاء العدة .

ويرى الأحناف أن المرأة في عدة الطلاق البائن . بينونة صغرى لا تزال زوجة من وجه فيقع عليها الطلاق . ورأي الأحناف يفرق بين المرأة المدخول بها ، والمطلقة قبل الدخول ، الأولى يقع عليها الطلاق في العدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، والثانية لا يقع عليها الطلاق لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها .

ثانيا : الشروط المتعلقة بالمطلقة :ـ

يشترط في المرأة التي يقع عليها الطلاق ، عدة شروط هي :ـ

١) قيام الزوجية حقيقة أو حكما :ـ

والزوجية الحقيقية تعني حياة زوجية العشرة فيها مستمرة ، والعلاقة فيها طبيعية بين الزوجين ، والزوجية القائمة حكما تعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي . أما المعتدة من طلاق بائن فقد عرضنا للخلاف الفقهي حولها . هذا

هو حكم الطلاق المنجز، أما الطلاق المعلق على شرط، فإذا كانت عند التعليق زوجة صح الطلاق . اما المرأة الاجنبية عند التعليق ثم تزوجها الرجل، ثم حصل الشرط المعلق عليه، فان اضاف التعليق إلى النكاح كأن قال اللاجنبية إذا تزوجتك فانت طالق، ثم تزوجها طلقت منه عند الأحناف والمالكية، ولا تطلق عند الشافعية، وإذا اضافه إلى غير النكاح، بأن قال للاجنبية: إن دخلت دار فلان فانت طالق، ثم تزوجها، ثم دخلت، لم تطلق بالاتفاق بين الفقهاء، وكذلك إذا دخلت الدار قبل الطلاق من باب أولى .

٢) تعيين المطلقة بالاشارة او بالصفة أو بالنية :

الرجل قد يتزوج بواحدة، وقد تتعدد زوجاته إلى اربعة وهو اقصى عدد يجمعه الرجل فى زواج قائم، فإذا طلق زوجته وهى واحدة فقد تعينت لفظا ومعنى حيث لا توجد زوجة غيرها، والخلاف يحدث عند تعدد الزوجات، وطرق التعيين

فى هذه الحالة ثلاثة الاشارة، والوصف، والنية التى يفصح عنها الزوج بعد ذلك .

ـــ وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا عين الرجل زوجته المطلقة بالاشارة والصفة والنية وقع الطلاق على المعينة وطلقت بالاتفاق .

وإذا أشار إلى واحدة من زوجاته دون أن يصفها، ودون أن ينوى غيرها، وقال لها أنت طالق وقع الطلاق بالاتفاق أيضا . وكذلك إذا وصفها دون اشارة ودون قصد غيرها فإنها

تطلق ، فان نوى طلاق واحدة من نسائه دون وصف أو إشارة كمـــــا إذا قال إحدى نسائي طالقة ، ونوى واحدة منهن ، فإنها تطلـــــق دون غيرهـــا •

وهذا المبحث دقيق فيه خلاف بين الفقهاء ، أشرنا فقـــــط إلى طرف منه ، أما تفصيلاته فقد تناولتها كتب الفقه ونعود إليهــــا عند الحديث عن الصيغـــة التي يقع بها الطـــلاق •

ـ • ـ • ـ • ـ • ـ

المبحث الثانى

مايقـــع به الطــــــلاق

الطلاق يفصم عرى الزوجيـة ، وينتج بكل فعل مفهم أن الطلاق هو المقصود ، وصور التعبير عن إرادة الطلاق متعددة ، فقد تكــون العبارة أو الكتابة أو الاشارة ، كما أن صيغه مختلفة فقد يكـــون الطلاق باعتبار صيغته منجزا ، أو معلقا على شرط ، أو مضافا إلــى زمن مستقبــل ، وكلها صيغ تصلح للطلاق على عكس الزواج الــذى يبطل إذا لم يكـن منجزا فى صيغته .

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبيـــن :ـ

المطلب الأول : صور إرادة الطــلاق

المطلب الثانى : صيغة الطـــــلاق

المطلب الاول

صور إرادة الطلاق

العبارة والكتابة والاشارة ،كلهاصور للتعبير عن إرادة الطلاق ، أباحها الشارع وأجازها الفقه والقانون ، ولكل من هذه الصور شروط لابد من توافرها ليصح التعبير عن الارادة ، وبالتالي يصح الطلاق .

أولا : شروط العبارة :ـ

العبارة ألفاظ منطوقة لها دلالة صريحة على مايريدها صاحبها :ـ

١) العلم بحصول اللفظ وفهم معناه :ـ

اللفظ حادث ،ولابد من العلم بحصوله إن قطعا أو ظنا . سواء كانت دلالة اللفظ صريحة أوكنائية، فالنية وحدها دون التعبير الخارجي عن الإرادة لايقع بها طلاق ،لاقضاء ولاديانة ، ولكنها قد تكون شرطا لوقوع الطلاق ، والطلاق بالعبارة له صورتان صريح وكنائي .

أ) الطلاق الصريح :ـ وتدل عليه ألفاظ وضعت في اللغة والاصطلاح للتعبير عن الطلاق ، أو اصبحت كذلك بتخصيص العرف ، والأولى مثالها لفظ الطلاق ومايتفرع عنه ويشتق منه ، والثانية مثالها قول الرجل لزوجته حرمت عليّ أو انت على حرام أو محرمة.

واللفظ الصريح من الزوج يقع به الطلاق متى توافرت فيه الشروط الأخرى من بلوغ وعقل وقصد ، ولا يحتاج إلى نية ، بشرط أن ينطق الزوج بلفظ الزواج ويضيفه الى زوجته ، فلو لقن غير العربى الذى لا يعرف العربية لفظ الطلاق وهو لا يعرف معناه ، فقاله لم يقع به الطلاق ، وكذلك لو لقن العربى لفظا بلغة لا يعرفها يفيد الطلاق ونطق به لا يقع به شئ لا طلاق ولا غيره ، ولا تشترط العربية فى اللفظ فيكفى أن يكون مفهوما للزوج الذى تلفظ به ، ولا يشترط أن يكون مفهوما للزوجة لأن الطلاق تصرف انفرادى وليس عقداً يحتاج إلى رضا وقبول ، وهو تصرف انفرادى لا يتوقف وقوعه على قبول من الزوجة ، فالطلاق واقع أرادت أم لم ترد ، وافقت أو رفضت . وإذا لذى المرء التلفظ بالطلاق ثم لم يتلفظ به لم يقع بالاتفاق ، لأن اللفظ لا يوجد بالنية ، وإنما بالتعبير عنه وإذا حلف المطلق بشئ ثم شك أكان حلفه بطلاق أم بغيره ، فإنه لغو ولا يقع به شئ ، وكذلك إذا شك أطلق أم لا فإنه لا يقع به شئ من باب أولى ، فإن تيقن ، أو ظن أنه طلق ثم شك فى العدد أطلق واحدة أو اثنتين أم ثلاثا ؟ بنى على الأقل لحصول اليقين أو الظن به والشك فيما فوقه ، والشك لا يثبت به حكم شرعى بخلاف الظن واليقين .

١) الطلاق الكنائي :ـ

ويكون بالألفاظ التي لم توضع للطلاق أصلاً ، ولم تخصص له بعرف ، ولكن اقترن به ما جعله يفيد الطلاق ، أو يحتمل إرادته ، وحكمه أنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية ، فإذا تجرد منها فقد أثره ولم يقع به شيء ، والأحناف يرون أن دلالة الحال قد تغني عن النية في بعض حالات الطلاق ، فالطلاق الكنائي يقع عندهم بأمرين ، النية أو دلالة الحال ، والقانون المصري المعمول به الآن لا يرى وقوع الطلاق بالكناية بدلالة الحال ، بل يشترط في كل الأحوال نية المطلق وقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادتها الرابعة على ما يلي :ـ

كنايات الطلاق ، وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها طلاق إلا بالنية ، والنص عدل به الشرع عند مذهب الاحناف ، وأخذ بمذهبي مالك والشافعي .

٢) نية وقوع الطلاق باللفظ :ـ

وهذا هو الشرط الثاني في العبارة ، ومجال عمله الكنائي من الألفاظ ، أما الألفاظ الصريحة في التعبير عن الطلاق فيقع بها بغير حاجة إلى النية ، وتقوم القرائن والأحوال والعرف مقام النية في الكنايات عند الأحناف والحنابلة ، ولا عبرة بها عند المالكية والشافعية وهو ما أخذ به القضاء في مصر بعد القانون رقم ٢٥ لسنة

لسنة ١٩٢٩ وهل يقع الطلاق بلفظ لا يحتمل الطلاق أصلا لا كناية ولا تصريحا ؟ كقوله له اسقنى ماء إن لم ينو به الطلاق لا يقع به شئ بالاجماع ، وإن نوى به الطلاق وقع به الطلاق عند المالكية فى المشهور عندهم ، ولا يقع به شئ على مذهب الجمهور ، وهو قول ثان عند المالكية .

ورأى الجمهور هو الذى يوافق المنقول والمعقول .

ثانيا : شروط الكتابة :ـ

قد لا يلفظ الزوج بالطلاق ، لعجز أو عدم رغبة ، فالكتابة يمكنها أن تحل مكان الألفاظ فى التعبير عن إرادة المطلق بالشروط الاتية :ـ

١) أن تكون الكتابة مستبينة :ـ

ويقصد بها أن تكون مكتوبة على شئ ظاهر باق ، لانها صورة تعبير ودليل اثبات ، وبناء على هذا الشرط فإن جمهور الفقهاء يرى أن الكتابة غير المستبينة كمن يكتب على الماء او فى الهواء لا يقع بها طلاق ، فهى لغو لا يثبت بها شئ .

٢) أن تكون مرسومة :ـ

وهذا الشرط الثانى فى الكتابة حتى يترتب عليها أثرها ، والكتابة المرسومة هى التى تكون لها وجهة وعنوان ، كأن يكتب الزوج إلى الزوجة كتابا بعنوانها ويرسله إليها وفيه إذا وصلك كتابى هذا

كانت طالق ، فالكتابة هنا مرسومة يصح بها الطلاق كأنها لفظ صريح دون حاجة إلى النية ، وإذا كانت الكتابة بغير عنوان الزوجة لا يقع الطلاق حتى مع صراحة اللفظ إلا إذا قال نويت الطلاق ، وذلك لأن الكتابة في هذه الحالة تحتمل إنه يريد الطلاق ، وتحتمل أنه يريد التمرين على الكتابة ، فلا يتعين أحد الاحتمالين إلا بنية الزوج .

ثالثا : شروط الإشارة :-

الاشارة دائما بدل ، فهي لا تقبل في كل الأحوال ، فإذا كان المطلق قادرا على النطق لا يقع طلاقه بالاشارة ، لأنه لا تكون بديلا عن العبارة إلا عند العجز المطلق عنها . وخالف في ذلك المالكية .

أما الأخرس الذي لا يقدر على النطق ، فقد اختلفوا في اشارته إذا كان يحسن الكتابة ، فالجمهور يرى وقوع الطلاق بإشارته ، والأحناف اشترطوا لوقوعه عجزه عند الكتابة .

ويتجه الفقه المعاصر في مشروعات القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية في مصر إلى أن الطلاق لا يقع بالكتابة إلا للعاجز عن العبارة ، ولا يقع بالإشارة إلا للعاجز عن . . . العبارة والكتابة ، وهو اتجاه محمود فيه اعتداد بالدلالة الأقوى ، بدلا من تقسيم الإشارة إلى مفهومة وغير مفهومة وقد دار الخلاف حولها في المذاهب الفقهية ، وقالوا إذا كانت الإشارة مفهومة يقع بها الطلاق بغير نية ، وإذا كانت غير مفهومة وقع الطلاق بشرط النية ، وهذا التفريع لا يلائم

الواقع لا تعتبر إشارة الأخرس فيهما نسبى ، وقد يفهمها بعض من يراها ولا يفهمها البعض ، فهى أشبه باللغة التى يختلف الناس فى إجادتها .. ولا نسبها انتهى إليه فى هذا الشأن مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى أقره مجمع البحوث الاسلامية حيث نص فى المادة ١٠٦ منه على وقوع طلاق العاجز عن الكلام والكتابة باشارته المفهمة.

المطلب الثاني

صيغة الطـــــــلاق

الأصل في الطلاق التنجيز ، إلا أنه يقبل الإضافة والتعليـــق باتفاق الفقهاء ، وهو في هذا يختلف عن الزواج الذي لا يقبل الإضافـة ولا التعليق ، بل لابد أن تكون صيغته منجزة في كل الأحوال ، والطلاق باعتبار صيغته ينقسم إلى طلاق منجز ، وطلاق مضاف ، وطلاق معلق .

أولا : الطلاق المنجـــز :ـ

الطلاق المنجز هو الذي خلت صيغته من التعليق أو الاضافة ، وقصد صاحبه وقوعه في الحال ، ومثاله أن يقول الرجل لزوجته انـــت طالق ، وحكم الزواج المنجز ما يلـــي :ـ

١) أنه ينعقد سببا للفرقة بين الزوجين في الحال ، متى صـــادف محلا له .

٢) أنه تترتب عليه آثاره علـــى الفور ، فلا تتراخى إلى زمن مستقبل طالما توافرت شروطه ، وصح صدوره من المطلق .

ثانيا : الطلاق المضاف :ـ

وهو ما اقترنت صيغة بوقت يقصد وقوع الطلاق فيه ، كقولـــه أنت طالق آخر الشهر ، أو في الشهر القادم ، ويشترط فيه ما يلي :ـ

١) أن تكون المرأة محلا للطلاق عند صدور صيغة الطلاق المضاف •

٢) أن تظل محلا للطلاق حتى حلول الوقت الذى اضيف إليه الطلاق •

وحكم الطلاق المضاف عند جمهور الفقهاء ، أنه ينعقد سببا للفرقة فى الحال ، ولا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله ، فإذا قال لها انت طالق آخر الشهر ، فلا تطلق حتى ينتهى الشهر ، وهى قبل ذلك زوجة لها كل حقوق الزوجة ، وعليها كل واجبات الزوجة ، وتحكمها كل قواعد الحياة الزوجية •

وذهب المالكية إلى أنه إذا أضاف طلاقه إلى زمن مستقبل كأن قال لها أنت طالق بعد سنة ، طلقت للحال منجزا ، وكذلك إذا أضافه إلى زمن ما حتى قاصاد الا نشاء ، كقوله أنت طالق أمس فإنه تطلق فى الحال •

ثالثا : الطلاق المعلق :ـ

الطلاق المعلق هو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلقا على حصول شئ آخر •

وقد يكون الشئ الآخر فعلا للمطلقة أو المطلق ، أو لم يكن فعل أحد كأن يقول لها أنت طالق إذا طلعت الشمس •

فاذا كان فعل المطلق أو المطلقة سمى يمينا لدى الجمهور مجازا ، وذلك لما فيه من معنى القسم. واذا كان معلقا لا على فعل أحد فهو التعليق الحقيقى لانتفاء معنى اليمين . وقد أتفق جمهور الفقهاء على صحة تعليق الطلاق ويمين الطلاق . فإذا حصل الشرط المعلق عليه وقع الطلاق .

١) شروط صحة التعليق :-

يشترط لصحة التعليق ، ووقوع الطلاق به ثلاثة شروط هى :-

أ) ان يكون الشرط المعلق عليه معدوما عند التعليق ، ويمكن أن يوجد فى المستقبل ، فإن كان التعليق على أمر موجود فعلا فهو طلاق منجز حقيقة معلق صورة .

ب) ان تكون المرأة المرأة عند صدور الصيغة محلا للطلاق بانه تكون فى عصمته ، او فى عدة من طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى ، وإلا لا يصح التعليق لأنها تكون أجنبية عنه ، حتى ولو كانت فى عدة طلاق بائن بينونة كبرى .

جـ) أن تظل كذلك حتى حصول المعلق عليه ، فلو طلقت طلاقا منجزا قبل حصول الشرط وبعد انتهاء العدة ، فالطلاق المعلق لا يقع لأنه لم يصادف محلا ، فقد أصبحت المرأة اجنبية عنه .

د) أن يكون التعليق متصلا بالكلام ، ولا يقصد به المجازاة ، فإذا لم يتصل التعليق بالكلام لغا التعليق ووقع الطلاق منجزا ،

وإذا قصد بالتعليق المجازاة ، وقع الطلاق منجزا وترتب عليـــــه أثره فى الحال .

٢) يمين الطلاق : وهو غير التعليق ، ويقصد به الزوج تقوية عزيمته على اتيان أمر معين أو تركه ، فيحلف بالطلاق بـــدلا من الحلف بالله تعالى ، ومثاله أن يقول الزوج علىّ الطـلاق لأفعلن كذا غدا او بعد غد ، أو علىّ الطلاق إذا زرت بيت فلان أو فلانة ، فما حكم هذه الإيمان ؟

للإجابة على هذا السؤال ـ كما يقول الدكتور يوسف موسى ـ ينبغى أن نذكر أن الطلاق لم يشرعه الله تعالى لمثل هذه الاغراض ، بل لحل رابطة الزوجية ، ولذلك ينبغى ألا يقع الطلاق بهــــذه الايمان امثالها ، متى كان القصد منها ليس الطلاق ، وهذا ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فقد منع وقوع الطلاق فى هـــذه الحالات ، مادام الزوج لا يقصد وقوع الطلاق ، بل التهديد والتخويف والحمل على فعل شئ أو تركه ، ولهذا نصت المادة الثانية مـــن هذا القانون الذى يحكم القضاء المصرى فى الأحوال الشخصيــــة " لا يقع الطلاق غير المنجز ـ أى المعلق ـ إذا قصد بـــــه الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير " .

المبحث الثالث

أنواع الطلاق وطرق إثباته

ينقسم الطلاق الى أنواع، وتتعدد طرق إثباته في الشرع والقانون ، فينقسم باعتبار حظره إلى طلاق سني، وطلاق بدعي وينقسم باعتبار صيغته إلى منجز ومضاف ومعلق ، وقد عالجنا ذلك في المباحث السابقة كل في مكانه ، كما ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى رجعي وبائن .

أما اثبات الطلاق فله صور عديدة منها الإشهاد ، ومنها التوثيق ولكل أحكامه في الفقه ونصوصه في مواد الأحوال الشخصية .

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول : أنواع الطلاق باعتبار أثره .

المطلب الثاني : مايثبت به الطلاق .

=_=_=_=

المطلب الأول

أنواع الطلاق باعتبار أثره

ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى نوعين ، طلاق رجعي ، وطلاق بائن ، والبائن له صورتان ، البائن بينونة صغرى ، والبائن بينونة كبرى ، ولكل أحكامه ، سواء فيما يتعلق برفع آثار الزواج ، أو بامكانية استئناف الحياة الزوجية .

أولا : الطلاق الرجعي :

وهو مايجوز معه للزوج رد زوجته إلى عصمته ، من غير استئناف عقد ، أى بدون عقد جديد ، وللطلاق الرجعي صورتان هما :ـ

١ ـ مالا يفتقر إلى نية فى وقوعه ، وهو الذى يكون بألفاظ الطلاق الصريح ، والتى لاتستعمل فى سواه ، كأنت طالق ، وأنت مطلقة ، بشرط ألا يوصف الطلاق بالشدة أو العظم كأنت طالق أشد الطلاق ، لأنه فى هذه الحالة يقع بائنا .

٢ ـ مايفتقر إلى النية فى وقوعه ، وهى الذى يجىء فى لفظ اعتدى أو استبرئى رحمك أو أنت واحدة ، فهذه الالفاظ وإن كانت من كنايات الطلاق إلا أن الطلاق لا يتم بها إلا إذا نواه المطلق ويقع رجعيا .

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ على مايلى " كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال ، ومانص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ " وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أن القانون أخذ .

بمذهب الامامين مالك والشافعى فى أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما استثنى فى المادة الخامسة .

ويترتب على الطلاق الرجعى ما يلى :ـ

١ ـ بقاء الزوجية كما هى ، لأن الطلاق الرجعى لا يرفع قيد الزواج فى الحال بل بالمآل ، فيبقى الزوج زوجا ، وله حل الاستمتاع عند جمهور الفقهاء إلا الشافعى الذى يرى أن الطلاق الرجعى يزيل حل الوطء إلا إذا راجع الزوج زوجته .

٢ ـ ومن أحكام الطلاق الرجعى ، نقصان عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ، فإذا طلقها واحدة ثم راجعها بقيت عليه لها تطليقتان ، وإن طلقها اثنتين ثم راجعها لم يبق له إلا طلقة واحدة ، وإن طلقها بعد المراجعة الثانية فقد استكمل الثلاث التى له ، ولم يبق له شئ .

٣ ـ من أحكام الطلاق الرجعى باتفاق الفقهاء ، وهو ما يترتب على القول ببقاء الزوجية فى الطلاق الرجعى طالما كانت الزوجة فى العدة ـ أن يتم التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل انتهاء العدة ، ولا يحل مؤجل الصداق إلا بعد انقضائها ، وليس للزوج أن يتزوج أحدا من محرمات الزوجة كأختها ، وكل ما لا يجوز الجمع بينه وبين هذه المطلقة فى عصمة واحدة طالما لم تنته العدة ، لبقاء الزوجية بكافة أحكامها .

٤ – ومن أحكام الطلاق الرجعى أن الزوج يستطيع استئناف الحياة الزوجية مع مطلقته رجعيا وهى فى العدة ، بغير مهر جديد ، وبدون عقد جديد ، وبدون رضاها ، وتلك هى الرجعة أو المراجعة .

أحكام الرجعة فى الفقه والقانون :

أ – أحكام الرجعة فى الفقه الاسلامى :

الرجعة – على الرأى القائل بأن الطلاق الرجعى يترتب عليه الطلاق فى المآل – هى استدامة الملك ومنعه من الزوال ، فهى ليست إنشاء لعقد زواج جديد ، فلم يشترط فيها مهر جديد ولا رضاء جديد وهى عند الشافعية رد المرأة إلى الزواج من طلاق غير بائن على وجه مخصوص" . والدليل على مشروعية الرجعة قوله تعالى فى سورة البقرة "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا اصلاحا " –

فالآية تشير إلى أمرين هما : استمرار الحياة الزوجية ، وحق الزوج فى المراجعة . وفى السنة أدلة كثيرة على مشروعية الرجعة منها ماروى أن الرسول عليه السلام أمره الله بمراجعة حفصة لما طلقها .

وأحكام الرجعة من النظام العام الاسلامى ، فلايملك الزوج اسقاط حقه فيها ولو بالاتفاق ، ومايجرى خلاف ذلك باطل لا أثر له .

والرجعة تتم بالقول وبالفعل ، وقد اختلف الفقهاء فى حكم كل منهما .

ـ الرجعة بالقول :

لاخلاف بين الفقهاء على أن الرجعة تتم باللفظ الصريح الذى لايحتمل إلا معنى الرجعة ، كقول الزوج راجعت زوجتى إلى عصمتى .

أما الالفاظ غير الصريحة التى تدل على الرجعة كقوله أنت امرأتى ، أو لا اتركك ، فهى رجعة صحيحة بشرط نية الرجعة من الزوج ، وهذا مايراه الأحناف والمالكية والشافعية ، والحنابلة فى رواية لهم

ويرى الظاهرية ، والشيعة والحنابلة فى رواية أن الرجعة لاتصح باللفظ غير الصريح لدخول الاحتمال فيه ، وإعلام الزوجة الغائبة بالرجعة مهم ، وهو واجب عند البعض ومندوب عند الآخرين .

ـ الرجعة بالفعل :

الرجعة بالفعل هى الاتصال بالزوجه وما يسبقه وما يترتب عليه وقد اختلف الفقهاء فى صحتها .

فالشافعية والظاهرية لاتصح المراجعة عندهم بالفعل ، لأن الوطء قبل المراجعة حرام ، والرجعة نعمة والنعمة لاتنال بمحظور .

ويرى جمهور الفقهاء منهم المالكية والحنابلة والشيعة أن الرجعة تصح بالفعل مع خلاف بينهم حول اشتراط النية ، ويفرق الأحناف بين المراجعة بالفعل من جهة الزوج ، ومن جهة الزوجة ، فإذا راجع الزوج زوجته بالفعل ، صحت قولا واحدا ، وإذا جاء الفعل من قبل الزوجه ولم يمانع الزوج فالرجعة صحيحة بالاتفاق ، أما إذا امتنع الزوج

أو تمت المراجعة دون علمه ،فالرجعة تصح عند أبى حنيفه ومحمد ولاتصح عند أبى يوسف .

* **شروط الرجعة :**

الأصل فى الرجعة أن تكون بعد طلاق ،فلارجعة بعد فرقة لاتعتبر طلاقا ، وشروطها مايلى :ـ

• **أن تقع الرجعة فى العدة :**

لانه بانتهاء العدة لاتتم مراجعة ،ولاتصح رجعة ،ولا استئناف للحياة الزوجية إلا بعقد جديد تتوافر شروطه وأركانه ،والمرأة التى لاعدة عليها كغير المدخول بها لارجعة عليها ،لأن الطلاق قبل الدخول يقع بائنا .

• **الاشهاد على الرجعة :**

جمهور الفقهاء وهم الأحناف والشافعية والمالكية والزيدية والشيعة الإمامية وأحمد فى رواية أن الاشهاد ليس شرط ولكنه مندوب يستحب فعله .

وذهب ابن حزم والشافعى فى القديم وأحمد فى رواية عنه إلى أن الاشهاد على الرجعة شرط فى صحتها .

• **أن تكون الرجعة منجزة :**

فاذا جاءت مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط ،لاتصح الرجعة ،فهى أشبه بالزواج الذى تشترط فيه الصيغة المنجزة .

• أن لا يكون الطلاق هو المكمل للثلاث:

لأن الطلاق في هذه الحالة يكون بائنا بينونة كبرى ،فلا تصح الرجعة، وتثبت به حرمة موقتة ،حتى تقطع بزواج صحيح برجل آخر .

ب ـ الرجعة في القانون وفي القضاء المصري :

ليس في القانون المصري نص يتعلق بالرجعة، والقضاء فيها على أرجح الأقوال من مذهب الأمام أبي حنيفة، وعنده تتم الرجعة بالقول صريحا كان أو كنائيا كما تتم بكل فعل موجب لحرمة المصاهرة كالاتصال الجنسي والتقبيل، والاشهاد على الرجعة ليس بشرط عند الأحناف فتصح بدونه، ولكنها مندوب يستحب فعله منعا للتجاحد ،ولا يشترط أيضا علم الزوجة بالرجعة .

وقد أخذ قانون العائلة العثماني برأى الأحناف ونص في الفقرة الثانية من المادة ١١٢ على أن "للزوج حق أرجاع زوجته قولا أو فعلا " .

وفي حالة الاختلاف بشأن الرجعة بين الزوجين فهو على صورتين :ـ

الصورة الاولى : الأختلاف في حصول الرجعة : وله حالتان :

• الخلاف حال العدة : فإذا أدعى الزوج أنه راجعها أثناء العدة وأنكرت الزوجة دعواه ،فالقول للزوج ،لأنه يخبر عن أمر يملك انشاءه في الحال فلا داعي لتكذيبه فيه .

ـ الخلاف بعد العدة : إذا انقضت العدة ، ونشأ الخلاف في حصول الرجعة ، فالبينة على مدعي الرجعة فإن لم تكن له بينة ، فالقول للزوجة بيمينها على أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة .

الصورة الثانية : الاختلاف في صحة الرجعة :

والخلاف هنا لا يثور إلا إذا كانت المرأة ممن يعتد بالحيض ، وفي هذه الحالة إذا أدعى الرجل صحة الرجعة ، وأنكرت المرأة لحصولها بعد العدة ، فالقول للزوجة بيمينها ، بشرط انقضاء وقت يحتمل ذلك من تاريخ الطلاق ، بأن يكون ستين يوما فأكثر على الراجح عند الأحناف ، ونكول الزوجة إقرار بدعوى الزوج ، وللزوج أن يثبت بالبينة أنه أرجع زوجته في العدة فيقضي له ، والرجعة حق ثابت للرجل بنص الشارع ، فلا ينتهي بالاسقاط كحق الإرث سواء بسواء .

وقد جاءت أحكام الطلاق الرجعي والرجعة في بعض المدونات المعاصرة على النحو التالي :

• في كتاب قدري باشا : "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" مادة (٢٣٠) الطلاق الرجعي بواحدة كان أو اثنتين .. لا يرفع أحكام النكاح ، ولا يزيل ملك الزوج قبل مضي العدة بل لا تزال الزوجية قائمة مادامت المرأة في العدة ، وإنما تعتكف في بيتها المضاف إليهما بالسكنى ويندب جعل سترة بينها وبين زوجها ، ونفقتها عليه مدة العدة ، ولا يحرم دخوله عليها ولو من غير اذنها ، ويجوز له الاستمتاع والوقاع ويصير بذلك مراجعا ، وإذا مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر ، سواء طلقها زوجها في حال صحته أو في حال مرضه برضاها أو بدونه .

مادة (٢٣١) كل من طلق زوجته المدخول بها حقيقة تطليقة واحدة رجعية أو تطليقتين ... فله أن يراجعها ولو قال لا رجعة لي بدون حاجة إلى تجديد العقد الأول، ولا إلى اشتراط مهر جديد مادامت في العدة سواء علمت بالرجعة أو لم تعلم، وسواء رضيت بها أو أبت، ولا يملك الرجعة بعد العدة، ولا رجعة في عدة المطلقة بعد الخلوة ولو كانت الخلوة صحيحة .

مادة (٢٣٢) تصح الرجعة قولا براجعتك ونحوه خطابا للمرأة أو راجعت زوجتي إن كانت غير مخاطبة، وفعلا بالوقاع ودواعيه التي توجب حرمة المصاهرة ولو اختلاسا منها أو منه .

مادة (٢٣٣) يلزم أن تكون الرجعة منجزة في الحال، فلا يصح اضافتها إلى وقت مستقبل ولا تعليقها بشرط .

مادة (٢٣٤) الرجعة صحيحة بلاشهود وبلاعلم المرأة إلا أنه يندب للمراجع أن يعلم المرأة بها إذا راجعها قولا، وأن يشهد شاهدين عدلين عليها ولو بعد حصولها فعلا .

مادة (٢٣٥) تنقطع الرجعة وتملك المرأة عصمتها إذا طهرت من الحيضة الأخيرة لتمام عشرة أيام وإن لم تغتسل .

مادة (٢٣٦) إذا وقع نزاع بين الزوجين فادعت المعتدة انقضاء عدتها بالحيض وادعى الزوج عدم انقضائها وأن له حق الرجعة تصدق المرأة بيمينها، وتخرج من العدة إن كانت المدة تحتمله وأقل مدة عدة بحيض ستون يوما ....

مادة (٢٣٧) الرجعة لاتهدم الطلقات السابقة، بل إذا راجع الزوج امرأته بعد طلقتين ثم أوقع عليها الثالثة زال ملكه وحلها لــــه إلى أن تتزوج زوجا غيره بنكاح صحيح ويفارقها بعد الوطء في القبـل بطلاق أو مـوت.

ومثل ذلك جاء في مشروع قانون الأسرة الموحد إلا في المـــواد الآتيـة :ـ

مادة (١٥٦) يشترط في الرجعة بالقول :ـ

أ ـ أن تكون منجزة

ب ـ أن تكون بحضرة شاهد ين رجلين أو رجل وامرأتين .

مادة (١٥٧) إذا كانت الرجعة في غيبة الزوجة يشترط أن تعلم بها ويراعى في اثبات العلم حكم المادة ١١٠ من هذا القانون .

وقد نصت المادة ١١٠ في فقرتها الثانية على أن يثبت العلـم بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن وإخبار الواحد بشرط أن يكـــون عـــدلا .

وقد نص قانون حقوق العائلة العثماني على أحكام الطـــلاق الرجعي والرجعة في المواد ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥ وكلها على الراجح في مذهب الامام أبي حنيفـة .

ثانيا : الطلاق البائن :

الطلاق البائن : هو الطلاق الذى يرفع قيد الزواج فى الحال ، ولا تستأنف الحياة الزوجية بعده ، إلا بعقد جديد ، ومهر جديد ، ورضاء جديد ، والطلاق البائن نوعان :ـ

- الطلاق البائن بينونة صغرى :

وحكمه أنه يزيل عقد الزواج ولا يرفع حل المرأة ، أى لا تثبت به حرمة مؤقتة ، فإذا طلق الرجل زوجته طلقة بائنة واحدة أو اثنتين ، جاز له العود إليها فى العدة وبعدها ، ولكن ليس له أن يراجعها فلابد من عقد جديد بكل شروط انعقاده ، وصحته ولزومه ونفاذه ، والمطلقة بائنة تعد أجنبية عند المطلق فليس لهما الاستمتاع أو الخلوة ولو فى العدة ، ويحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق ويمتنع التوارث بينهما حتى لو مات أحدهما فى العدة ، إلا إذا تم الطلاق فى مرض الموت وقصد الرجل حرمان زوجته من الميراث فيعد بذلك فارا من ميراثها ويعامل بخلاف مقصوده ، فترث الزوجة إذا حدثت الوفاة بعد مرض الموت فى عدة الطلاق البائن بينونة صغرى .

وحالات الطلاق البائن هى :

أ ـ الطلاق قبل الدخول لأنه لا تجب به العدة .

ب ـ الطلاق بعد الخلوة الصحيحة ودون الدخول الحقيقى . فالعدة فيه تثبت احتياطا للنسب فلا تصح فيها الرجعة على مذهب القانون المصرى أخذا بأقوال الشافعى ومالك ، لأن الطلاق بعد الخلوة عندهما هو طلاق قبل الدخول .

جـ ـ الطلاق على مال : فهو أيضا طلاق بائن لأن أساسه العوض من الزوجة لتملك عصمتها ، ولا يتحقق لها ذلك إلا ببينونة الطلاق والقول بغير ذلك عبث بأحكام الشارع، ومخالف لمقاصد الطلاق على مال.

د ـ الطلاق البائن بنص القانون : وقد جاء ذلك على النحو التالي :

• التطليق البائن في القانون رقم ٢٠ لسنه ١٩٢٠ :

كل طلاق للعيب يقع بائنا طبقا لنص المادة ٩ من المرسوم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ونصها "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر ... سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة فلا يجوز لها التفريق ".

ومثال المرض المستحكم الجنون والجذام والبرص وما يلحق بهم من الأمراض الخطيرة ، والفرقة التي تحصل بالعيب طلاق بائن سواء كانت قبل الدخول أو بعده حتى يتحقق الغرض المقصود من التفريق بهذا السبب.

• التطليق البائن في القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥.

وفقا لهذا القانون يقع الطلاق بائنا فيما يلى :ـ

• التطليق بسبب إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وذلك بنص المادة السادسة .

• التطليق بسبب الضرر من التزوج بأخرى إذا توافرت شروط التعريف وفقا لحكم الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة .

• التطليق الذى تطلبه الزوجة عند استحكام الخلاف بين الزوجين عند نظر اعتراض الزوجة على دعوتها لمنزل الزوجية ـ بشروط النص ـ طبقا للنص السابق .

ـ التطليق لغيبة الزوج طبقا لنص المادة الثانية عشرة ، والثالثة عشرة .

ـ التطليق بسبب حبس الزوج طبقا لنص المادة الرابعة عشرة .

والشرع هو مصدر صفة البينونة فى هذه الحالات من الطلاق ، أخذا بغير ما ذهب إليه الاحناف طبقا لسلطة ولى الأمر فى اختيار الأحكام الملائمة من كافة المذاهب وتخصيص القضاء بها .

٢ ـ <u>الطلاق البائن بينونة كبرى</u> :

وهو يزيل الملك والحل معا ، وتثبت به حرمة مؤقتة ، فلا يمكن أن يجمع الرجل والمرأة فيه زواج جديد ، إلا بعد أن تتزوج المرأة زواجا جديدا صحيحا ، ويدخل بها الزوج الجديد دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها بطلاق أو وفاة ، وتنتهى عدتها من هذا الزواج الجديد .

والطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق المكمل للثلاث .

وهذا يقتضى التفصيل فى أمرين هما :

أ ــ الطلاق المكمل للثلاث في القانون المصري :

أخذ القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ في مسألة الطلاق المكمل للثلاث بحكم خالف فيه المذاهب الأربعة، وأعتبر الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلقة واحدة، ونصت المادة الثالثة على أن "الطلاق المقترن بعدد أو إشارة لا يقع إلا واحدة".

وفي الفقهين القديم والحديث اختلافات حول وقوع الطلاق الثلاث واحدة أو ثلاثا، والرأي عندي أن المشرع المصري قد اختار الأنسب اجتماعيا في قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

ب ــ مسألة هدم الطلاق :

الهدم اصطلاح لدى الفقهاء عند حديثهم عن الطلاق الثلاث، وعدد الطلقات الذي يملكه الزوج القديم إذا عاد إلى مطلقته بعد أن تزوجت بآخر زواجا صحيحا وفارقها بوفاة أو طلاق، ويمكن إيجاز آراء الفقهاء في هذه المسألة فيما يلي :ــ

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاثا، ثم تزوجت من غيره بعد عدتها ودخل بها، ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها منه، أنه يملك عليها ثلاث تطليقات.

كما اتفقوا على أنه إذا طلقها بما دون الثلاث ثم تزوجها دون أن تتزوج بعده من آخر ــ أنه يملك مابقي له من التطليقات الثلاث فقط.

فإذا تزوجها بما دون الثلاث ،فتزوجت من غيره بعد عدتها ودخل بها ،ثم عادت إليه بعد بينونتها من ذلك الغير وانقضاء عدتها فقد انقسم الفقه إلى رأيين :ـ

الرأى الاول : وهو رأى جمهور الفقهاء وفيهم محمد بن الحسن من الحنفية، يرى أن ذلك الزوج لا يملك على هذه الزوجة إلا مابقى له إلى الثلاث من الزواج القديم .

الرأى الثانى : وذهب إليه أبو حنيفة وأبويوسف، يرى أن الزوج الذى عاد يملك على زوجته فى هذه الحالة ثلاث تطليقات، وتعد انهدم ما أبانها سابقا به ،ومن هنا سميت هذه المسألة بالهدم، وقد اختلف فقهاء الأحناف فى الرأى الراجح عندهم ،فأكثرهم قالوا بترجيح رأى محمد بن الحسن الذى يوافق رأى الجمهور، وبعضهم رجح قول الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف، ولاشك أن الوصول إلى رأى فى هذه المسألة له أهميته لأن القضاء المصرى وفق اللائحة الشرعية مخصص بأرجح الاقوال فى مذهب أبى حنيفة .

ـ٠ـ٠ـ٠ـ٠ـ٠ـ٠ـ٠ـ

المطلب الثاني

مايثبت به الطلاق

الاشهاد فى الزواج شرط صحة، وقد راى البعض زيادة فى الاحتياط لإثبات الطلاق أنشرط صحة فيه إيضا، فلا يقع الطلاق إلا بالاشهاد، وهذا غير مايراه الائمة الاربعة .

وزيادة فى الاحتياط تدخل ولى الأمر فى بعض تشريعات الأحوال الشخصية، وكلف المشرع الزوج بتوثيق عقد الزواج الصحيح والا تعرض للعقاب وتعالج فيما يلى الاشهاد والتوثيق

أولا : الاشهاد على الطلاق :-

من باب تضييق دائرة الطلاق، وعدم وقوعه بالسهولة التى تبدو فى آراء بعض الفقهاء، قال الله تعالى : " يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن، واحصوا العدة، واتقوا الله ربكم، لاتخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله، فقد ظلم نفسه، لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً، فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف، وأشهدوا ذوى عدل منكم، واقيموا الشهادة لله" .

وروى سفيان ، عن ابن جريج ، عن عطاء ، قال : " الطلاق والنكاح ، والرجعة ، بالبينة " ، وذلك ، احتياطا من التجاحد .

ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة ، ويرى الكثير منهم أن الأمر في قوله تعالى : " وأشهدوا ذوي عدل منكم " للندب ، وبذا تكون الشهادة مندوبة في الطلاق والرجعة ، لأن الآية في صدد ذكر الطلاق والرجعة .

ولم يؤثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولا عن الصحابة أن الإشهاد شرط لصحة وقوع الطلاق ، برغم كثرة ما وقع أمامهم من حوادث الطلاق .

ويرى بعض المفسرين أن الشهادة مندوبة للطلاق فقط ، بينما يرى آخرون أنها للرجعة فقط ، لأن الأمر به جاء بعد قوله : " فإمساك بمعروف " وهو المراجعة ، وذكر المفارقة ، وهي الترك ، والمراجعة عمل إيجابي يقوم به الزوج ، فيتيسر الإشهاد عليه ، أما المفارقة فتكون بترك الزوجة بلا مراجعة إلى أن تنتهي عدتها ، وذلك عمل سلبي يستمر طيلة العدة ، ولا يتيسر الإشهاد عليه ، فلا يكون الأمر راجعا إليه .

ويرى بعض الفقهاء وهو الظاهر من سياق الآيتين أن الأمر في قوله تعالى : " وأشهدوا " للوجوب ، بدليل قوله : " وأقيموا الشهادة لله " ، وليس في الآية ما يصرف الأمر عن الوجوب ، بل القرائن تؤيد حمله على الوجوب ، لأن الطلاق عمل استثنائي

يقومه الرجل ، وهو أحد طرفى العقد ، ويقوم به وحده ، وافقت الزوجة أم لا ، ولكنهم يختلفون فى أنه راجع إلى الطلاق أو الرجعة أو كليهما ، والحق أن كليهما يترتب عليه آثار يخشى عليها من التجاحد ، والإشهاد يمنعه .

فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطلاق على وجه شرعى ، ومن أشهد على الرجعة فكذلك .

والمصلحة تقتضى ضرورة الإشهاد ، وخاصة أن الله يقول : " ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه " .

وقد جاء فى تفسير الطبرى ، قال ابن عباس :

إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضى عدتها ، أشهد رجلين ، كما قال : " وأشهدوا ذوى عدل " عند الطلاق ، وعند المراجعة ، وهو قول عطاء أيضا ، فقد روى عنه : عبد الرزاق ، وعبد بن حميد ، قال : " النكاح بالشهود ، والطلاق بالشهود ، والمراجعة بالشهود " .

وعن عمران بن حصين ، انه سئل عن الرجل يطلق امرأته ، ثم يقع بها ، ولم يشهد على طلاقها ، ولا على رجعتها ، فقال له : " طلقت لغير سنة " ، وراجعت لغير سنة ، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد " ، رواه أبو داود ، وابن ماجة والبيهقى : ولا تعد .

الاثر أخرجه ايضا البيهقى ، والطبرانى ، وزاد " واستغفر الله " . قال الحافظ فى بلوغ المرام: وسنده صحيح ، وقد استدل به من قال بوجوب الاشهاد على الرجعة .

والائمة الاربعة لايشترطون الاشهاد لوقوع الطلاق ، لأن الإنسان لايحتاج الى بينة عند استعمال حقه.

ولكن الشيعة الإمامية يرون أن من أهم شروط وقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين ، لقوله تعالى : " وأشهدوا ذوى عدل منكم " ، فلو وقع بدونهما كان الطلاق باطلا ، وفى ذلك يقول الشيخ محمد الحسين آل كاشف الشيعى :

" وفى هذا أبدع ذريعة ،وانفع وسيلة ، الى تحصيل الوئام ، وقطع مراد الخصام بين الزوجين ، فإن للعدول ،وأهل الصلاح مكانة وتأثيرا فى النفوس ، كما أن من واجبهم الإصلاح والموعظة ، وإعادة مياه الصفاء بين الزوجين المتخاصمين إلى مجاريها . . " .

كذلك يرى ابن حزم الظاهرى أن الإشهاد شرط فى الطلاق ، لأن الله لم يفرق بين المراجعة ، والطلاق فى الإشهاد ، فلايجوز إفراد بعض ذلك عن بعض ، وكان من طلق ولم يشهد ذوى عدل ، أو راجع ولم يشهد ذوى عدل ، متعديا لحدود الله ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " .

ومن الخير، حفظا على روابط الاسرة أن يكون الاشهاد شرطا لوقوع الطلاق ، وأن يكون الشاهدان عدلين سامعين لفظ الطلاق ، ذلك يؤدى الى تخفيف كثرة وقوع الطلاق ، الذى ينشأ غالبا وقت غضب ، او انفعال زائل .

خاصة وان من المفسرين الكبار من فسر آية الإشهاد على أنها للوجوب ، ومن هؤلاء " الفخر الرازى " ، و " القرطبى " ، و " ابو حيان " فى التفسير المحيط ، والرأى عندى أن وجهة نظر المفسرين أدق وأصوب ، وفى كل الأحوال فإن فى الاشهاد على الطلاق مصلحة لا تنكر ، والسياج الذى تحمى الشريعة الاسلامية به مسائل الزواج والطلاق يجعل من الاشهاد فى عصرنا ضرورة لابد منها . وقد اتجهت إلى ذلك بعض التشريعات العربية .

ثانيا : توثيق الطلاق :ـ

استحدث القانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ وسيلة اخرى للحد من الطلاق ، وللحيلولة دون مخاطرة فاشترط على المطلق توثيق الطلاق فى مدة معينة من تاريخ إيقاعه .

وتوثيق الطلاق ـ ليس اشهادا ـ بل هو اجراء شكلى وليس له اثر على واقعة الطلاق ، فهو واقع من تاريخ نطق الزوج به ، وهذا هو رأى الائمة الأربعة وغيرهم عدا الشيعة الامامية ، ولا تشكل اجراءات توثيق الطلاق امام الموثق أى قيد على جواز اثباته قضاء بكافة طرق الإثبات الأخرى ، ولا يترتب على عدم التوثيق عدم سماع

دعوى الطلاق ، بل تسمع الدعوى ، وكل ما يترتب على التوثيق بالاضافة إلى ما نص عليه المشرع من جزاءات ان الآثار المالية للطلاق في حالة اخفاء المطلق واقعة الطلاق على زوجته لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به، وتبدأ العدة فور الطلاق ولا تتوقف على علم المرأة به •

وفيما يلي عرض لأهم الأحكام التي جاءت بها • المادة ٥ مكرر و٢٣ مكرر من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م•

١) مادة مكرر (١) :ـ

على المطلق أن يوثق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلاق •

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق اعلان ايقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الاجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل •

وتترتب اثار الطلاق من تاريخ ايقاعه إلا إذا أخفاه الزوج من الزوجة، فلا تترتب اثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى الا من تاريخ علمها به •

الجديد في النص :ـ

أوجب القانون على المطلق أن يبادر إلى توثيق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص (المأذون أو مكتب التوثيق /بالشهر العقاري على

حسب الأحوال) وهذا النص الوجوبي الذى لم يكن موجودا من قبل ، دعت اليه كما تقول المذكرة الايضاحية لهذه المادة ، حاجة الأسرة وحمايتها من تتابع المشاكل إذ قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق ، أن بعض الازواج قد لجأوا إلى ايقاع الطلاق فى غيبة زوجاتهم واخفوا عنهن خبره ، وفى هذا اضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر ، بل أن بعض الازواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتى الطلاق لديه متظاهرا للزوجة باستدامتها واستمرارها ، حتى إذا ما وقع الخلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهرا إياه فى وجهها محاولا به اسقاط حقوقها ، وليس هذا بدعا جديدا ، فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال اخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الاقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا : لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجرا له بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته واخفى عنها الطلاق ثم اقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الاقرار ولا يعتد باسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين الجزء الثانى فى باب العدة) .

وبناء على هذا ولما كانت الدولة قد نظمت امر توثيق الطلاق فاختصت المأذونين بتوثيق اشهادات الطلاق بين الازواج المصريين المسلمين ومكاتب التوثيق بالشهر العقارى بالازواج إذا اختلفت جنسياتهم أو ديانتهم ، رأى المشرع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتابع المشاكل بين الزوجين إذا خفى الطلاق .

وقت ترتيب آثار الطلاق :-

فرقت المادة الخامسة مكرر (١) في فقرتيها الثانية والثالثة بين المطلقة التي اخفى عنها زوجها خبر طلاقها وبين المطلقة التي تعلم بحصول الطلاق في وقت ترتيب آثار الطلاق • فإن كان الزوج قد اخفى خبر طلاق زوجته عنها ، فانه وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها ، لا تترتب آثار الطلاق بالنسبة لها من حيث الميراث والحقوق المالية الاخرى ، إلا من تاريخ علمها بالطلاق •

أما إذا كانت الزوجة تعلم بحصول الطلاق ، فإن آثاره طبقا لنص الفقرة الثانية تترتب عليه من تاريخ ايقاعه •

طرق علم الزوجة بالطلاق :-

ذكرت المادة المشار إليها في فقرتها الثالثة وجهين اعتبرت كلا منهما طريقا لحصول علم الزوجة بالطلاق وهما :-

أ) إذا حضرت وقت توثيق اشهاد الطلاق أمام الموثق المختص الذى ألزمه القانون حينئذ أن يسلمها نسخة من هذا الاشهاد •

ب) إذا لم تكن الزوجة حاضرة وقت توثيق اشهاد الطلاق فعلى الموثق اعلانها بوقوع الطلاق لشخصها على يد محضر •

هذا وماذكرته الفقرة الثانية من الوجهين المشار اليهمـــا ليس على سبيل الحصر، وانما فقط مجرد مثالين اعتباريين على علمهـــا بحصول الطلاق ، وهذا لا يمنع من علمها بحصول الطلاق بطرق اخرى، كما لو خالعت زوجها على الطلاق أو أقرت بالطلاق فى ورقة رسميـــة أو عرفية غير منكورة منها أو غير ذلك من طرق العلم الشرعية الاخـــرى والتى يترتب عليها ان يكون الطلاق واقعا عليها ومرتبا لاثاره فـــى حقها من تاريخ ايقاعـه.

وقد نظم قرار وزير العدل رقم ٣٣٦٩ لسنه ١٩٨٥ المنشـــور بالوقائع المصرية فى ١٩٨٥/٧/٢٩ العدد ١٧٢ ، أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة تنفيذا للفقرة الثانية مـــن المادة الخامسة مكرر (١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ ، وفيما يلى نص هذا القرار:ـ

مادة (١) : على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق ان يثبـــت فيه بيانا واضحا عن محل إقامة المطلقة ، ويكون اثبات هذا البيان بارشادها فى حالة حضورها توثيق الاشهاد وبارشـاد المطلق فى حالة عدم حضورها .

ويجب على الموثق المختص فى جميع الأحوال إثبـــات محل اقامة المطلق فى إشهاد الطلاق.

مادة (٢) : يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيـــق إشهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضـــر بوقوع الطلاق وذلك فى حالة عدم حضورها توثيق إشهاده.

مادة (٣) : يجب أن يتضمن الإعلان المشار إليه من المادة السابقة البيانات التاليـــة :ـ

١) تاريخ وقوع الطلاق .
٢) اسم الموثق الذى وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله .
٣) رقم إشهاد الطلاق .
٤) بيان الطلاق الذى تضمنه الإشهاد .
٥) أخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصـة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان .

مادة (٤) : فيما عدا ما تقدم تطبق القواعد والاجراءات المقررة فـى المرافعات المدنية والتجارية على الإعلان بوقوع الطلاق .

مادة (٥) : على الموثق تسليم المطلقة أو من تنيبه عنها نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصـــل الإشهاد ، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثـــق لاستلام نسخة الإشهاد الخاصة بها يجب على الموثـــق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك ، وعلـــى المحكمة فى هذه الحالة إرسالها الى المطلقة بكتاب مسجـل بعلم الوصول ان كانت تقيم فى مصر أو بواسطة وزارة الخارجيـة إن كانت تقيم فى الخارج .

مادة (٦) : على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ إشهادات الطلاق التي تسلم إليه فور استلامها في سجل خاص يبين فيه رقم الإشهاد وتاريخ واسم الموثق واسمي المطلق والمطلقة ومحل إقامة كل منهما وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة وعليه ارسالها في اليوم التالي لتسليمها اليّ المطلقة وفقا لاحكام المادة السابقة مع اثبات تاريخ ورقم الارسال في السجل المشار اليه، والتأشير فيه بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة.

مادة (٧) : إذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد ارسالها إليها لتعذر تسليمها ، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها في ملف خاص والتأشير بعد ذلك في السجل المشار إليه في المادة السابقة.

أما المدتان الثامنة والتاسعة فتختصان بتوثيق وثيقة الزواج ، وأما المادة العاشرة فقد ألغت قرار وزير العدل رقم ٢٢٤٥ لسنة ١٩٧٩ ، كما ألغت كل نص يخالف ذلك.

<u>اثبات الطلاق واثره على تقييد حق الزوج في ايقاع الطلاق :-</u>

وجوب توثيق الطلاق لدى الموثق المختص اجراء شكلي ليس له اثر موضوعي على حق الزوج في ايقاع الطلاق ، فالطلاق يقع من الزوج على زوجته بمجرد حصوله دون توقف على توثيقه ، وهذا ماذهب إليه الأئمة الأربعة ومن قبلهم الصحابة والتابعون ، وهذا

ماحرصت المذكرة الايضاحية للنص على ابرازه وايضاحه حيث جاء فيها : وليس في ايجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طرق العلم به أى قيد على حق الطلاق الذى اسنده الله للزوج واختصه به في اكثر من آية من آيات القرآن الكريم • وكذلك لا تشكل تلك الإجراءات أى قيد على جواز اثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق غاية الامر أن آثارها بالنسبة للزوجة فى حالة اخفائه عنها ، لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به• واثبات الطلاق والدليل عليه باعتباره من الشروط الموضوعية يخضع لاحكام الشريعة الاسلامية فى حدود نص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية •

ويجوز للمطلق أن يثبت ذلك الطلاق بكافة طرق الاثبات الشرعية على الوجه الذى عنته المذكرة الايضاحية •

هذا واثبات الطلاق كان جاريا فى مصر قبل العمل بالقانون ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ على مايأتى :ـ

أولا :ـ إذا كان الخلاف فى حياة الزوجين فانه يثبت بكل وسائل الاثبات الشرعية فيثبت بالاقرار ويثبت بالنكول عن اليمين عند الصاحبين وبالبينة وغايته أن الطلاق لو ثبت بالاقرار أو النكول فان العدة كما يقول بعض الفقهاء لا تثبت إلا من وقت التصادق أو النكول ، لا من الوقت الذى أسند الطلاق إليه•

ثانيا : إذا كان الخلاف على وقوع الطلاق بعد وفاة احـــد الزوجين فإما أن يكون وقوعه قبل سنة ١٩١١ وإما أن يكون مـــن ١٩١١.

فإن كان وقوعه قبل سنة ١٩١١ فانه يثبت بورقة خالية مـــن شبهة التزوير ، وبالاولى يثبت بورقة رسمية أو ورقة مكتوبة كلها بخـــط المتوفى وعليها توقيعـــه.

أما إذا كان وقوع الطلاق تاليا لهذا التاريخ أى من سنـــة ١٩١١ فإن الطلاق لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفـى وعليها توقيعه أو ورقة رسمية . والحكمة فى ذلك أن دعوى الطـــلاق بعد وفاة أحد الزوجين تكون فى الغالب نزاعا على مال وماداميـــت كذلك فتأخذ حكم الوصايا فى النزاع عليها والوصايا لا تثبت بعـــد الوفاة الا بورقة رسمية أو ورقـــة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفى .

وهذا بخلاف الحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ حيث هذه الوقائع معفاة من الاثبات بالورقة الرسمية أو المكتوبة كلها بخط المتوفى ، لأن لائحة سنة ١٨٩٧ كانت تجيز الاثبات بالورقة العرفية الخاليـــة من التزوير فبقيت الحوادث التى وجدت فى ظلها على حكمها .

والمراد بخلو الورقة من شبهة التزوير الا يظهر منها مايـدل على انها اعدت لتكون سندا للدعوى وتقدير ذلك متروك للقاضـــى وذلك تيسيرا على الناس فى هذه الفتـــرة.

وعلى ذلك فان الطلاق الذى لا يثبت إلا بورقة عرفية مكتوبة كليا بخط المتوفى وعليها توقيعه او ورقة رسمية ، فانه لايكون الا من وقت تطبيق اللائحة الجديدة •

٢) جزاء الاخلال باحكام المادة الخامسة مكررا :ـ

أضاف القانون ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ الى القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة ٢٣ مكررا ليواجه بها الالتزامات التى فرضها على المطلق وعلى الموثق فى المادة الخامسة مكررا ونص المادة ٢٣ كالآتى :

يعاقب المطلق بالحبس مدة لاتجاوز ستة أشهر وبغرامة لاتجاوز مائتى جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً من الاحكام المنصوص عليها فى المادة الخامسة مكررا من هذا القانون ، كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا ادلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محل اقامة زوجته أو زوجاته اومطلقته على خلاف ماهو مقرر فى المادة (١١ مكررا) •

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لاتزيد على شهر وبغرامة لاتجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون • ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لاتجاوز سنة •

شرح المادة :ـ

عاقب القانون المطلق بالحبس مدة لاتجاوز ستة أشهر وبغرامة لاتجاوز مائتى جنيه أو بأحدى العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام

التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون وهى التى أن أوضحناها وهى متعلقة بتوثيقـــه

اشهاد الطلاق وكيفية اعلان الزوجة :ـــ

وهذه العقوبة التى تعرطيها القانون هى عقوبة تعزيريــــة والعقوبة التعزيرية كما جاء بالمذكرة الايضاحية للنص عقوبة مفوضـــة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى وتختلف باخــــتلاف الجريمــــة.

وقد اجاز الفقهاء التعزيــر بالحبس ويجوز ان يكــــون العقوبة الوحيدة وان يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة اجازها أبو يوسف واجازها بعض فقهاء الشافعية واجيـــزت فى مواضع فى مذهب الامام احمد.

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الامام على الرعية منـــوط بالمصلحة وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق واعلام المطلقة بوقوعه ووصـــول سنده إليها من المصالح العامة فان تجريم المطلق إذا اخل بالواجبات المنوطة به فى المادة الخامسة مكررا من هذا المشروع يكون امـــــراً ذا سند صحيح شـــرعا.

كذلك يعاقب الموثق أيضا إذا اخل بالتزاماته التى فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢٣/٢ مكررا ، إذ لا يكفـــى فى الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتـــى يؤتى ثماره. (١)

(١) د. احمد فراج : أحكام الاسلام فى الاسلام ط ١٩٨٨.

الفصل الثالث

الفرقة اللا إرادية "بحكم القاضي"

الزوج بحكم مسئولياته الأسرية ـ عليه مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية حتى يحقق الزواج مقاصده ، من إقامة حياة الزوجية ، ماديا بالانفاق عليها ، ومعنويا باعفافها وعدم الغياب عنها ، لأن التواجد مطلب نفسي له أثره على كيان الحياة الزوجية .

والتفريق بحكم القاضي ينهي العلاقة الزوجية بطلب من أحد أطرافها الزوج أو الزوجة ، ويقع به طلاق رجعي في أحوال ، وطلاق بائن في أحوال أخرى ، وقد يكون تفريق القاضي فسخا في بعض الأحوال . وسوف نعالج موضوعنا في هذا الفصل في ثلاث مباحث:

المبحث الأول :

التفريق لعدم الانفاق

المبحث الثاني :

التفريق للعيوب

المبحث الثالث:

التفريق للإضرار

المبحث الأول

التفريق لعدم الانفاق

النفقة حق للزوجة ، يثبت لها بعقد الزواج الصحيح ،ويسقط بالنشوز ، وينتهى بانفصام العلاقة الزوجية ، فإذا امتنع الزوج عن الوفاء بحق الزوجة ،تعسفا ، أو إعسارا ، فقد اختلف الفقهاء فى جواز طلب الزوجة التفريق القضائى ، وظل العمل فى مصر على مذهب الأحناف الذى يمنع تطليق الزوجة من زوجها لامتناعه عن الانفاق أو اعساره به ، حتى جاء القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ وحسم المشكلة لصالح الزوجة أخذا بغير آراء المذهب الحنفى وسوف نعالج موضوعنا فى مطلبين :

المطلب الاول :

الموقف الفقهى

المطلب الثانى :

الموقف التشريعى

المبحث الاول
الموقــف الفقهـــي

نفقة الزوجة واجبة بلا خلاف ، وهى أثر من آثار عقد الـزواج الصحيح ، ولكن الزوج قد يمتنع عن أداء واجبه ، وقد يعسر فــلا يستطيع الوفاء بما يجب عليه ، وفقهاء الاحناف يرفضون تطليــــق الزوجه من زوجها لعدم الانفاق امتناعا او اعسارا ، وموقـــف الاحناف لا شك يضيق على الزوجة ، ويلحق بها اضرارا فادحـة ، وقد اتجهت المذاهب الاسلامية وجهة أخرى ، ويمكن تلخيص الموقـف الفقهى فى ثلاثة آراء .

<u>الرأي الأول</u>: ويقول بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الــذى لا ينفق عليها حتى لو أعلنت عدم رضاها به ، وتمردت على الوضـع القائم ، وطلبت من القاضى الخلاص من زوجية صارت عبئا ، ومـن قيد صار أسراً ، والأحناف هم قادة هذا الرأى ، وليس فـــى مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتهـا أو لامتناعه عنها حتى لو لم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه ، فالمرأة هنا لا تملك وسيلة للحصول على نفقتها ، ولا تسعفها أحكام المذهب على الانفصال .

<u>أولا : أدلة هذا الرأى</u>: لا سبيل للزوجة إذن على مذهب الأحناف للخروج من هذا المأزق ، وليس للقاضى أن يحكم بطلاقهـا

منه ، ولكن يأمرها متى يثبت لديه عجزه وعسرته بأن تستدين ثم ترجع عليه ، ودليلهم على ذلك القرآن والسنه والمعقـــول.

١ـ <u>الأدلة من القرآن الكريم</u> :

أ) يقول تعالى " لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها " يقول اصحاب هذا الرأى أن الآية تفيد وجوب الانفـاق على الزوج المعسر وعلى غيره الذى لا يساويه فى اليسـار واقتصرت الآية فى مقام البيان على هذين ، والاقتصار فى مقام البيان ـ كما يقول علماء الأصول ـ يفيـــد الحصر ، فدل ذلك على أن الرجل إذا أعسر فلم يجد سببا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تجب عليه ،وترك مــالا يجب لا إثم فيه ، خاصة وأن الإعسار لا دخل فيــه للرجل ، فلا إضرار منه ،وبالتالى لا يجب التفريق .

ب) يقول تعالى أيضا " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميســرة" وهذه الآية تشير أن غاية ما يفيده وجوب النفقه للزوجـة على الزوج أنها تثبت دينا فى ذمته إذا ما أعســـر ، ولا يثبت بها إضرار أو تفريق .

٢ـ <u>الأدلة من السنة</u> :

أ) روى مسلم فى صحيحه من حديث أبى الزبير عن جابر قال : دخل أبو بكر الصديق وعمر رضى الله عنهما على رســـول

الله صلى الله عليه وسلم ، فوجداه جالسا وحوله نساؤه واجما ساكتا ، فقال أبو بكر يارسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتنى النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من حولى كما ترى يسألننى النفقة ، فقام أبوبكر رضى الله عنه إلى عائشة يجأ عنقها ، وقام عمر رضى الله عنه الى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده ، فقلن والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده ، ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا .

فهذا أبو بكر وعمر رضى الله عنهما يضربان ابنتيهما بحضرة الرسول صلى الله عليه وسلم لما سألتاه نفقة لا يجدها ، ومن المحال انه يضربا طالبتين للحق ويقرهما الرسول على ذلك ، فدل ذلك على أنه لا حق لهما فى طلب النفقة حال الاعسار ، وإذا كان طلب النفقة فى هذه الحال باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه ولا يحل لها .

ب) كذلك ايضا كان فى الصحابة الموسر والمعسر ، وكان المعسرون اضعاف الموسرين ، وما مكن الرسول صلى الله عليه وسلم امرأة قط من الفسخ باعسار زوجها ، فلو كان ذلك جائزا لفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل عدم فعله على أنه لا يجوز أن يكون سببا فى الفسخ .

٣ـ الادلة من المعقول :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على صحته بأدلة عقلية منها :

أ) من المقرر شرعا أن إذا اجتمع ضررات ، ارتكب اخف الضررين ،والضرر الذى يترتب على التفريق يؤدى إلى ضياع حق الزوج بالكلية ، والضرر الذى يترتب على عدم التفريق هو تأخيرحق الزوجة ، وطبقا على عدم التفريق هو تأخيرحق الزوجة ، وطبقا لهذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين .

ب) وقالوا أيضا إن المال غاد ورائح وقد جعل الله الزواج عقدا دائما وميثاقا غليظا ، فلا ينبغى أن يكون الاعسار وهويأتى ويروح ـ سببا للتفريق وإلا كان الزواج كله فى مهب الريح .

جـ) وأخيرا قالوا إن إبقاء الزواج مع الاعسار يفوت المال وهو من التوابع ،أما فسخ الزواج بالاعسار فيؤدى إلى فوت التناسل ، وهو مقصود أصلى من الزواج ،ولا يعقل ضياع المقصود الأصلى ليبقى المقصود التبعى .

الرأى الثانى :

يرى الأئمة الثلاثة ـ مالك والشافعى وأحمد ـ مع خلاف فى التفاصيل ـ أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الانفاق وعلى القاضى أن يجيب الزوجة إلى طلبها إذا ثبت له ذلك .

وهم أيضا يستدلون بالكتاب والسنة والمعقول :

١) الأدلة من القرآن الكريم :

أ) يقول تعالى فى امره للزوج " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " وليس من الامساك بمعروف أن ترغم المرأة على البقاء مع زوج لا ينفق عليها ، فيجب الأخذ بالتسريح بإحسان وهو إجازة للتفريق .

ب) يقول تعالى " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " فالله ينهى عن الإمساك بالزوجة إضرارا بها وعدم الانفاق اضرارا ، وعلى القاضى أن يوقف هذا العبث وان بالتفريق .

٢) الأدلة من السنة :

أ) روى عن " أبى هريرة " رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى " واليد العليا خير من اليد السفلى ، وأبدأ بمن تعول ، فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول اطعمنى وإلا فارقنى ... فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الامتناع عن الانفاق ، وقد عقب البخارى على هذا الحديث أن محل الاستشهاد وهو قول المرأة أطعمنى أو فارقنى من كلام أبى هريرة " .

ب) روى عن " أبى هريرة " أن النبى صلى الله عليه وسلم

قال " فى الرجل لايجد ما ينفق على امرأته يفـــرق بينهما • وقد طعن علماء الحديث فى صحة ما روى فيــه وقالوا ان " ابا هريرة " لم ينسب مثل هذا الــى الرسول صلى الله عليه وسلم •

٢ـ الأدلة من المعقول :

وقالوا أيضا إن العجز عن الانفاق بسبب الاعسار كالعجــز عند الجماع بسبب الجب او العنه • فإذا ثبت جواز الفســخ بالعنة والجب • ثبت جواز الفسخ بالاعسار وعدم الانفاق • بــل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن إلا بـها • أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها •

وتورد هذا الدليل • لأن قياس العجز عن الانفاق بسبــب الاعسار على العجز عن الجماع • قياس مع الفارق • لأن النفقة عند العجز تصير دينا وليس كذلك العجز الجنسى فافترقتــا كذلك العجز الجنسى فى هذه الحالة مرض لا يرجى زوالـــه • أما عدم الانفاق فيرجى زواله •

الرأى الثالث:

وخلاصته التفرقة بين المرأة التى غرر بها الزوج فلها طلـــب التفريق • أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق • وقد ذهـــب إلى ذلك الامام ابن قيم الجوزية " من فقهاء الحنابلة •

المطلب الثاني

" الموقف التشريعي "

ظل القضاء المصري يأخذ بالراجح في مذهب أبي حنيفة ، وهو يقضي بعدم التفريق للامتناع عن الإنفاق ، أو للإعسار وقد حمل ذلك الكثيرين من الأزواج الذين لا يقدرون تبعات الحياة الزوجية على ترك زوجاتهم بلا نفقة ، بما يهدد كرامة الزوجة ، ويضر بمقصود الزواج ، الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، واعتمد أساسا على المذهب المالكي ، وعدل عنه مذهب الاحناف .

أولا : شرح القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠

نصت المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون السالف الذكر على الأحكام الواجبة التطبيق عند عدم الانفاق .

مادة (٤) : إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة عليه في ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه معسر أو موسر ، ولكنه أصر على عدم الانفاق طلق القاضي عليه في الحال ، وإن ادعى العجز ، فان لم يثبته طلق عليه حالا ، وإن اثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

مادة (٥) : إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه ، بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر ، أعذر

إليه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ما فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، اولم يحضر للانفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الاجل •

فاذا كان بعيد الغيبة ، لا يسهل الوصول اليه ، او كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى •

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة •

مادة (٦) : تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره ، واستعد للانفاق فى اثناء العدة فإن لم يثبت إيساره ، ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة •

وموجز أحكام هذه المواد ما يلى :-

١ـ إذا كان الزوج حاضرا وادعى الإعسار مع إقامة البينة أو تصديق الزوجة له يمهله القاضى مدة لا تزيد عن شهر ، فاذا لم ينفق عليها ، طلق عليه القاضى بعد ذلك •

٢ـ اذا أعترف الزوج بيساره أو سكت ، أو ادعى الاعسار ، ولم يقدم بينه على ذلك ولم تصدقه الزوجة ، ثم أصر على عدم الانفاق ، وأصرت المرأة على التطليق ، فعلى القاضى أن يطلقها فى الحال •

٣ـ إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة يمكن وصول الإعلان إليه بسهوله وفى مدة لا تتجاوز تسعة أيام ، أعلن بالحضور أو ارسال

النفقة ، وضرب له القاضى أجلا ،فإذا تحققت المحكمة من وصول الإعلان ، ولم يحضر ولم يرسل النفقة ،وأصرت الزوجة على الطلاق ،طلق القاضى عليه.

وينطبق هذا الحكم على المسجون المعسر بالنفقة.

٤ـ إذا كان الزوج غائبا غيبة بعيدة ،لا يعرف محله ، ولا يمكن إعلانه ،أو لا تعلم حياته من مماته ، طلق القاضى عليه فى الحال ،إذ لا فائدة ترجى من الامهال.

ويستفاد من الأحكام المتقدمة أنه يشترط لتطليق الزوجة من زوجها للامتناع عن الإنفاق عليها فى جميع الأحوال سالفة الذكر ثلاثة شروط هى :ـ

أ) ألا يكون له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة.

ب) أن يكون الامتناع عن النفقة الحاضرة ، أما النفقة المتجمدة عن مدة ماضية فإن الامتناع عن أدائها لا يكون موجبا للتطليق.

جـ) أن تثبت الدعوى بالحجج الشرعية لأن الحكم الذى يصدر فى الدعوى هو حكم بالطلاق ، فيجب أن يكون مبنيا على دليل شرعى ينتجه.

د) يشترط عدم نشوز الزوجة ، لأن النشوز مانع من طلب التفريق للإعسار ، فالطاعة شرط من شروط نظر دعوى التطليق فى هذه الحالة. والطلاق لعدم الانفاق يقع رجعيا بنص المادة (٦) أن يراجع زوجته ولا تصح

الرجعة إلا بالشروط الآتيـــة :ـــ

١ـــ أن يثبت الزوج يساره وقدرته على الانفاق عليها النفقـــة الواجبة شرعا حسب حالته •

٢ـــ أن يعلن استعداده للانفاق عليها ومداومة ذلك •

٣ ـــ ألا تكون الزوجة غير مدخول بها • لأن التطليق قبل الدخول طلقة بائنة لا رجعة فيها •

وفى كل الأحوال لا تطلق المرأة لعدم الانفاق إذا كـــان لها كفيل موسر وله مال ظاهر • لأن وجوده ينفى شرط التطليـــق للاعســـار •

ثانيا : نقد الموقف التشريعى :

مراعاة حال الزوجة أمر محمود • خاصة وأن النفقة من ضـــرورات الحياة • لكن التشريع • وكما قيل بحق ـــ لم يفرق بين حالة الامتناع عن الانفاق للاعسار • وحالة الامتناع عن الانفاق مع القدرة ويقصـــد الاضرار • ففى الحالة الاولى يجب عدم إجابة الزوجة لطلبها التفريـــق أو التطليق من القاضى • فالحياة عسر ويسر • والقاعدة الشرعية أن الغنم بالعزم • وقد عاشت المرأة مع زوجها السراء • فمن الوفـــاء أن تشاركه الضراء • ولا ينبغى للتشريع أن يتجاهل البناء الاخلاقى للمجتمع • خاصة وأن الآيات القرآنيه تدعو إلى ذلك ومثالها قولـــه تعالى فى سورة الطلاق " لينفق ذو سعة من سعته • ومن قـــدر عليه رزقه • فلينفق مما آتاه الله • لا يكلف الله نفسا إلا مـــا آتاهـــا سيجعل الله بعد عسر يسرا " •

فالتكليف بما لا يطاق مرفوع ، كما أن الاضرار بالزوجة ممنوع وهذا الرأى يعضده كثير من الآثار التى وردت عن فقهاء السلف الصالح . ، فقد سئل " عطاء بن رباح " عمن لم يجد ما يصلح إمرأته من النفقة ، فقال : ليس لها إلا ما وجدت ، ليس لها الا ما وجدت ليس لها أن يطلقها " ، وعن الحسن البصرى " انه قال فى الرجل يعجز عن نفقة إمرأته : تواسيه وتتقى الله عز وجل وتصبر ، وينفق عليها ما استطاع " ، وسئل الامام " الزهرى " عن رجل لا يجد ما ينفق منه على إمرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : تستأنى به ولا يفرق بينهما ، وتلا قول الله تعالى " لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها " سيجعل الله بعد عسر يسرا " .

أما الحالة الاخرى ، وهى الامتناع عن الانفاق على الزوجة مع القدرة ، فهنا الاضرار واضح ، والضرر يزال ، والتعسف بيّن وينبغى أن يرد ، وعلى القاضى إجابة الزوجة الى طلبها التطليق ، دفعا للضرر ، ومنعا للتعسف ، وردعا للزوج المتمادى فى غيه وإضراره بأهله ، بامتناعه عن أداء حق الزوجة المادى عليه . ولعل العلماء الاحناف احسوا بحرج موقفهم الذى يقضى بعدم التطليق حتى فى هذه الحالة ، وقد أشار الى ذلك "ابن عابدين" عندما نقل أن بعض الفقهاء الأحناف استحسنوا فى هذه الحالة ان ينصب القاضى الحنفى نائبا عنه يكون من مذهبه التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق ، فيقضى فى هذه الحالة ، وقضاؤه نافذ لأن إنابته صحيحة .

إنه امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته ، وامتناعه عن تسريحها يعد اعتداء على مبدأ الامساك بالمعروف ، والتطليق واجب على القاضي عند طلب الزوجة ، لأن في مقدمة واجبات القضاء رد العدوان ، وردع المعتدي .

المبحث الثاني

"التفريق للعيـــوب"

لا شك أن العيوب في احد الزوجين توهن الحياة الزوجية ، وقد تقضي على الألفة بين الزوجين ، وهي تؤثر لا شك على مقاصـــد الزواج ، وإلزام الزوج والزوجة كلا هما بضرورة إبقاء الزواج قد يكـون فيه الإرهاق لهما ، فلا بد من سبيل إلى الفرقة ، ولأن الزوج هـــو الذي يملك الطلاق ، فالقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجه فــي مثل هذه الأحوال .

وفي السنة أحاديث تشير إلى العيوب وأثرها على الحياة الزوجيـة فقد روى " الأمام أحمد " في مسنده ، أن رسول الله صلى الله عليــه وسلم ، تزوج إمرأة من بني غفار ، فلما دخل عليها ، فوضع ثوبه ، وقعد على الفراش ، أبصر على كشحها بياضا ـ وهو مرض في الجلد فانحاز عن الفراش ، ثم قال : خذي ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئا .

وفي الموطأ ، عن عمر رضي الله عنه ، أنه قال " أيما امـــرأة غـر بها رجل ، بها جنون أو جذام أو برص ، فلا المهر بما أصاب منها ، وصداق الرجل على من غره" .

وجاء عن عمر رضي الله عنه التفريق بالعنة ، وروى عنه أيضا أنــه أجّل مجنونا سنة ، فإن أفاق وإلا فرق بينه وبين إمرأته ، هـــذه الأحاديث والآثار تدل على أن فكرة التطليق للعيب لها وجـــود فقهي منذ فترة مبكرة ، وتجد سندها في القواعد العامة للشريعة .

وسوف ينقسم هذا المبحث الى مطلبيـــــن :ـ

المطلب الأول : الموقف الفقهـــي .

المطلب الثاني : الموقف التشريعي .

المطلب الاول

الموقف الفقهـــــي

فى فقه الصحابة والتابعين ،ما يبرر خلاف الفقهاء فى العصور التالية ، فبينما نجد الامام "الزهرى" يرد الزواج بالعيوب لكـــل داء عضال دون تحديد ، يروى " الشعبى "عن " الحـــارث " عن "على " رضى الله عنه قال يرد النكاح قبل أن يدخل الرجـــل بامرأته من أربع ، من الجذام ، والبرص ، والجنون ،والقـــرن • ويمكن تقسيم الموقف الفقهى من العيوب إلى ثلاثة اراء :ـ

الرأى الأول :ـ

يرى ابن حزم شيخ الظاهرية أن العيوب لا أثر لها علـــى عقد الزواج ، يستوى فى ذلك عيوب الرجل ،وعيوب المرأة ، فعقـــد الزواج إذا تم صحيحا لا يفسخ بعد صحته بجذام ولا برص ولا جنون ، ولو وجدت المرأة زوجها عنينا او مجبوبا ، فليس لها أن تطالـــب بالفرقة ، وليس على القاضى التفريق بينهما ، وليس له أن يضرب لـــه أجلا ، بل هى امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق•

و" ابن حزم" مجادل صعب ،ومناظر صلب ،وقد رد علـــى آثار الصحابة ،وعنف الفقهاء الأربعة ، ومع ذلك فهو لم يوصد البـــاب أمام التفريق ،فقد ذكر أنه لو اشترط الزوج سلامتها من العيـــوب ثم وجد بها عيبا ، يكون العقد مفسوخا مردودا لا خيار له فى اجازتـــه ، ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة ، دخل بها أو لم يدخل ، لأن التـــى أدخلت عليه غير التى تزوج بها •

فالظاهرية يرون أنه لاخيار لأحد من الزوجين إذا ماوجد بصاحبه عيبا ، فالتفريق بالعيب ممنوع مطلقا ، سواء كان العيب حادثا قبل العقد أو بعده ، وسواء كان بالزوج أو بالزوجة ، فليس لأحد الزوجين مطالبة القاضي بالتفريق ، أما الآثار المروية عن الصحابة فلم تثبت عند " ابن حزم " وعلى فرض ثبوتها فليس بها دليل لأنها رأى لصحابى ، ورأى الصحابى لاحجية له عند الظاهرية ، خاصة فيما هو محل للاجتهاد .

الرأى الثانى :ـ

ويتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة ، وهو يجيز التفريق بين الزوجين للعيوب ، وأصحاب هذا الرأى انقسموا إلى فريقين ، فريق يجعل التفريق للعيب حقا للمرأة فحسب إذا ماوجدت عيبا فى الرجل ، وفريق يرفض التفرقة بين الرجل والمرأة ، ويعطى كلاهما حق طلب التفريق متى توافرت عيوب خاصة ، ويستوى فى ذلك الزوج والزوجة .

أولا : الفريق الأول : ويمثله الأحناف ، وقد جعلوا حق التفريق خاصا بالمرأة ، فى العيوب التى توجد فى الزوج دون الزوجة ، فالمرأة لها وحدها حق طلب التفريق ، ويكفى الرجل أنه يملك الطلاق دونها .

واختلف فقهاء الاحناف فى عدد العيوب التى تجيز للزوجة طلب التفريق ، فيرى الشيخان " أبو حنيفة " و " أبو يوسف " أن الزوجة

لايمكنها طلب التفريق بينها وبين زوجها ، إلا بأحد العيوب الثلاثة وهى الجب ، والخصاء ، والعنة ، ويرى " محمد بن الحسن " أن عدد العيوب الموجبة للتفريق ستة هى ، الجب ، والخصاء ، والعنة ، والجنون ، والبرص والجذام ، والأساس الفقهى هو الضرر الذى يصيب الزوجة ، والمبدأ العام فى الشريعة الاسلامية هو ماقاله الرسول صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولاضرار " .

ولا يخفى موقف الاحناف أنهم توسعوا فى التطليق للعيب بل هم أكثر من غيرهم فى التضييق من دائرة التفريق بالعيب ، فلايجوز للمرأة التفريق فى العيوب الثلاثة المتفق عليها عند الأحناف وهى الجب ، والعنة ، والخصاء ، إلا بالشروط الآتية :-

١) ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة ، فلو وصل اليها ولو مرة واحدة فى العمر لايثبت لها حق طلب التفريق .

٢) ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح ، فإذا كانت على علم بالعيب لايثبت لها حق التفريق .

٣) ألا ترضى بالعيب بعد علمها به ، فإذا علمت ورضيت ليس لها طلب التفريق ، بشرط أن تعلن رضاها صراحة ، فالسكوت ليس علامة الرضا فى هذه الحالة .

٤) ألا يكون بالزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسى ، فإذا كان بها عيب فلا حق لها فى طلب التفريق ، لأن الاضرار هنا غير متوافر ، وهو أساس طلب التفريق .

ثانيا : الفريق الثاني :ـ

ويمثله المالكية والشافعية والحنابلة من مذاهب اهل السنة ومعهم الشيعة الزيدية والجعفرية ، وقد ذهبوا الى جواز التفريق لعيب الرجل والمرأة على سواء ، وأن التفريق حق لهما على سواء ، وقد اختلفوا هؤلاء عن الاحناف في عدم قصر حق التفريق على المرأة وحدها ، واختلفوا فيما بينهم على عدد العيوب التى تجيز الفرقة ، وتعطى الرجل والمرأة حق اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق " .

وحق طلب التفريق الثابت لأحد الزوجين ـ عند هذا الفريق ـ لا يمنع منه وجود عيب مماثل في الآخر أو غير مماثل ، وذلك عند " مالك " و " احمد " و " الشافعي " على أصح القولين وأيضا عند الشيعة الجعفرية ، ويرى " أحمد " أنه ليس لامرأة المجبوب حق الفسخ إذا قام بها مانع يمنع مباشرتها كالرتق ، ويشترط " الشافعي في امرأة العنين إذا طلبت التفريق ألا يقوم بها ما يمنع من مباشرتها وظاهر نصوص الفقهاء توحى بالحصر في هذه العيوب ، إلا أننا إلى جانب هذه النصوص نجد نصوصا لبعض الفقهاء تدل على عدم قصر الأئمة التفريق على العيوب المتقدمة ، فيلحق بها ما يماثلها من أضرار وعيوب

ثالثا : الرأي الثالث :ـ

وهو الذي يجيز طلب التفريق مطلقا ، ويمثله " شريح " وابن شهاب الزهري " و " ابوثور " فكل عيب بأحد الزوجين ينفر منه

الآخر ويحول دون المقصود من النكاح ، يثبت به حق طلب التفريق من الرجل والمرأة .

وقد أيد ذلك " ابن تيمية " حيث قال " ترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع " .

ومثل ذلك مايقوله " ابن القيم " حيث قال " والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة ، يوجب الخيار " أي يثبت به طلب التفريق للطرف المضرور ، ومايقوله " ابن تيمية " و " ابن القيم " ليس جديدا على الفقه الاسلامي ، فقد نسبه " الكاسانى " إلى " محمد بن الحسن " بقوله وقال محمد : رأيي . خلو الزوج من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالجنون ، والجذام ، والبرص ... حيث جاءت هذه العيوب بصيغة التمثيل .

والرأى عندى أن هذه التوسعة تتفق مع الأساس الفقهي الذى تقوم عليه نظرية التفريق للعيب ، والفرقة بالعيب تقع طلاقا بائنا عند الأحناف والمالكية ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها فسخ وليست طلاقا .

المطلب الثانى

الموقف التشريعـــــــى

حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، كان العمـــــل فى مصر يجرى وفق الراجح فى مذهب الامام أبى حنيفة ، ولكن الواقـــع العملى اتجه بالمشرع وجهة اخرى ، وكان الرأى الثالث الـــــذى قاله به " الزهرى " و " ابوثور " ثم " ابن تيميه " و " ابن القيم " هو أقرب الآراء تحقيقا للمصالح التى توخاها الشرع ، ومنهجيـــــة التقنين تتيح لولى الأمر الاختيار الحر من فقه المذاهب ، والـــــزام القاضى به عن طريق مبدأ تخصيص القضاء ، وهو ما حاوله المشرع المصرى فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وغيرها من القوانين التى تستنبـــــط من الشريعة الاسلامية :ـــ

اولا : النصوص القانونية وشرحها :ـــ

نصت المواد من ٩ ـــ ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أحكام الفرقة للعيوب وهذا نصها :ـــ

مادة (٩) للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجهـــــا ، إذا وجدت عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويـــــل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والجذام والبرص ، ســـــواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقـــد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقـــد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة (١٠) : الفرقة بالعيب طلاقه بائن .

مادة (١١) : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

وواضح من نصوص القانون أنها عالجت فقط العيوب غير التناسلية والمنفرة ، أما العيوب التناسلية التى تكون بالزوج كالعنة مثلا ، فإن مذهب القضاء هو أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، وهو رأى " أبى حنيفة " الذى يجعل للزوجة إذا وجدت بزوجها احد عيوب ثلاثة هى الجب والعنة والخصاء أن تطلب التفريق وعلى القاضى إجابة طلبها .

أما فى العيوب غير التناسلية كالجنون والجذام والبرص فهى التى يحكمها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وهى يعطى الزوجة فى هذه الحالة حق طلب التفريق بالشروط التالية :-

١) أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن ولكن بعد زمن طويل .

٢) ألا يمكن البقاء مع الزوج إلا بضرر ، والضرر عام يشمل الزوجة وابناءها ، وأهل الخبرة من الاطباء هم الذين يناط بهم تقرير ذلك .

٣) ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب عند عقد الزواج ، فإذا علمت فليس لها حق طلب التفريق .

٤) ألا تكون قد رضيت صراحة أو دلالة بالعيب بعد العقد فمتى علمت ورضيت لا يكون لها حق طلب التفريق.

٥) أن تطلب الزوجة التفريق — لانه حقها — من القاضي ، لأن فعل القاضي يضاف الى الزوج وكأنه طلقها بنفسه ، إذا كانت المرأة غائبة جاز طلب التفريق من وكيلها ، وإذا كانت فاقدة الاهلية او ناقصتها جاز لوليها طلب التفريق .

وفي حالة العيوب التناسلية يؤجل القاضي العنين والخصي سنة كاملة لاختبارهما قبل الحكم بالفرقة ، ولا عبرة بتأجيل غير القاضي كأن يتفق الزوجان على ذلك ، أو تمهل الزوجة زوجها ، والتأجيل هنا ولمدة سنة وجوبي على القاضي طبقا لنص المادة ٢٩٩ من لائحة الاجراءات الشرعية حتى لو صدق الرجل الزوجة واقر بعيبه ، والسنة القمرية ٣٤٥ يوما هي أساس التقدير على الرأي الراجح عندنا ، وتبدأ السنة من يوم الخصومة أي من يوم اقامة الزوجة الدعوى على زوجها .

ثانيا : رأينا في القانون :—

لاشك في أن القانون فيه ايجابيات كثيرة ، في مقدمتها التوسع في العيوب التي تثبت التفريق ، أخذا بما روى عن " الزهري " و " سعيد بن المسيب " ، وكما قيل بحق — فإن القانون أحسن صنعا في تعميم العيوب وعدم حصرها .

كما احسن القانون صنعا بأن جعل فرقة العيوب فرقة بائنة ، لأن الضرر الذى يقوم الطلاق برفعه ضرر دائم أو مستمر فترة طويلة ، وبالتالى فالأنسب أن يكون بائنا حتى لا يعود الزوج إلى المراجعة • وبحيث بمصير المرأة التى هربت بجلد هامته• والقانون هنا يأخذ برأى الأحناف والحنابلة• فمتى وجدت المحكمة أن العيوب التى وصفها القانون ثابتة ،وأنه لم يحصل من الزوجة ما يسقط حقها فى طلب التفريق ، حكمت المحكمة بذلك وكان طلاقها بائنا سواء كانت الفرقة قبل الدخول أم بعده ، حتى يتحقق الغرض المقصود من التفريق بالعيب•

وعلى الرغم من ايجابيات القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ إلا أن به من العيوب ما يحسن الإشارة إليها •

١) منها أن القانون اخذ برأى الأحناف وقصر حق طلب التفريق على الزوجة وحدها ،والمصلحة تقتضى الأخذ برأى الجمهور ويعطى لكل من الزوجين حق طلب التطليق بالعيب المستحكم فى الآخر ، ولا يقال أن الزوج يملك الطلاق ، لأن أعباء التطليق غير أعباء الطلاق •

٢) ومنها أن القانون لم يحدد مدة إمهال الزوج الذى به عيب يرجى زواله ، وترك ذلك للخبرة ، وهذا يضر بالزوجة ، ويؤدى إلى الخلاف بين قضاة المحاكم من ناحية ، وبين

المتقاضيين انفسهم من ناحية اخرى ،وقد حدد القانون مدة الامهال للمجنون والعنين بعام ، وهى مدة مناسبة إذا حددها لمن بـــه عيب يرجئ زوالــــه *

المبحث الثالث
التطليق للاضــــــــزار

الحياة الزوجية غايتها المودة والرحمة ، و من مقاصدها التناسل وتكوين الأسرة ، وهى غايات ومقاصد لا يحققها إلا الاستقرار ، فـإذا ثار النزاع بين الزوجين ، وأصبح التنازع والتخاصم ، هو مايلتقيـان عليه صباح مساء والكيد وإلحاق الأذى هو مايتفقان عليه ، إذا حدث ذلك فإنها أسرة تعيسة ، الزوج فيها قلق النفس سيء السلــوك ، والمرأة فيها تعانى الاضطهاد ، أو تشتغل بحبك الدسائـس انتقاما من الزوج أو رداً لمكائده ، ودفعاً لأضراره . وقد لا يكـون الأضرار عن عمد بل لغيبة من الزوج قد تكون غير مقصودة ، أو حبـس استعد بها الزوج عن أهله ، ولكنه لا يريده ، وإن ارتكب ما يوجبه ، ويستحـق عليه المؤاخذة واللوم .

كل هذه أضرار لا تلحق بالزوجين فحسب بل تمتد إلى الأولاد والأصهار . وليس من سبيل لحسمها إلا فرقة يتباعد بها الطرفان ، وقد يعود بعد الفرقة ماغاب من أمان . والمذهب الحنفى لا يعرف الفرقة بالشقاق والضرر ، فاتجه المشرع المصرى إلى المذاهب الأخــرى ، وأسعفه المذهب المالكى فأخذ عنه أحكام التفريق للضرر بسبـب الشقاق ، أو غيبة الزوج ، أو حبسه ، وهذا ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وسـوف ينقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : التطليق لسوء العشرة وتعدد الزوجات .

المطلب الثانى : التطليق للغيبة وحبس الزوج .

المطلب الاول

التطليق لسوء العشرة وتعدد الزوجات

حسن المعاشرة والألفة والمودة ، من عناصر البناء الأخلاقى الأسرى ، فإذا تحولت المودة إلى بغض ، وانقلبت الألفة إلى سوء عشرة وهجر ، فالفرقة أولى وأوجب ، وكان القضاء المصرى يعمل بأرجح الاقوال فى المذهب الحنفى ، وهو مذهب لا يعرف التطليق للضرر ، ولا يفتح للزوجة بابا للخلاص ، حتى لو أصبح الزوج لا يطاق ، وسكن الأسرة كأنه جحيم ، فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وأخذ احكام التطليق للضرر من المذهب المالكى ، وأضاف القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مادة جديدة تجيز للزوجة التى تزوج عليها زوجها ، طلب التفريق للضرر ، ويقع عليها عبء إثبات الضرر حتى تقبل دعواها ، ويحكم لها بالتفريق .

أولا : التطليق لسوء العشرة :

وهو الجديد الذى جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أخذا من مذهب الإمام مالك ، وهو اتجاه فقهى يجد سنده فى قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فأبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليما خبيرا " .

وقد نصت المواد من ٦ ــ ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على هذه الأحكام الجديدة ، ووضعت لأول مرة فى التشريع المصرى

للاحوال الشخصية مبدأ خلاصته أنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا ادعت إضراره بما لا يستطاع معه دوام العشرة بالمعروف بين أمثالها ، وعلى القاضي بعد سماع الدعوى أن يجتهد أولا في الاصلاح بينهما ، والعمل على إزالة الخلاف ، فإذا فشل سعيه ، سار في الدعوى بالطرق الشرعية ، وبحث وقائع الإيذاء التي أدعت الزوجة حصولها ، ومدى ما أصابها أو يصيبها منها من أضرار ، ويراعى في ذلك ظروف الزوجين ، وحالتهما ومنزلتهما الإجتماعيه والثقافية ، والوسط الذى يعيشان فيه ، وغير ذلك من الاعتبارات ، والضابط العام في ذلك هو أن يكون الاضرار المدعى به من شأنه استحالة دوام المعاشرة الزوجية ، فإذا ثبت طلقها القاضي طلقة بائنة .

وقد استبدل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ نصوص المواد من ٦ـ ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمواد أخرى ، لا تختلف في مضمونها كثيرا عن المواد المعدلة ، مع بعض الإضافات الاجرائية التى رأى فيها المشرع أهمية خاصة لتحقيق غايات التفريق لسوء العشرة ، مع ملاحظة أن المادة الاساسية الخاصة بهذا التفريق بقيت كما هي ، فالنصوص الحاكمة للتفريق للضرر في القضاء المصري ما يلي :

١ــ فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تزال المادة السادسة وهى أساس التفريق بالضرر وسوء العشرة باقية على حالها ، وحكمها قائم بلا تعديل ، ونصها ما يلى :

مادة (٦) إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر ، بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد من ٧ ــ ١١ .

٢ــ فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ :

أحكام هذا القانون جاءت تعديلا لبعض مواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، مع إضافات جديدة ، والمواد من ٧ ــ ١١ بعد تعديلها هى :

مادة (٧) يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من اهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

مادة (٨) ــ أ ــ يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر ، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك ، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة اخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة اشهر فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

المادة (٩) لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

المادة (١٠) إذا عجز الحكمان عن الاصلاح .

أ) فإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق .

ب) وإذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

جـ) إذا كانت الاساءة مشتركة اقترحا التفريق بدون بدل أو ببدل يتناسب مع الاساءة .

د) وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل .

المادة (١١) على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها ، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (٨) .

وإذا اختلفوا او لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الاثبات ، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق . قضت المحكمة بالتطليق بينهما طلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .

هذه هى مواد التفريق لسوء العشرة في القانون المصرى للأحوال الشخصية ، وقد تطورت فيها مهمة الحكمين . فهى فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تحكيم ملزم بنتائجه ، فإذا اتفق الحكمان على شئ معين حررا به محضراً كتابياً يشمل بحثهما وعملهما ، وما يقررانه في الموضوع ، ويوقعان عليه معا ويرفعانه للقاضى الذى يجب عليه أن يحكم بمقتضاه .

فما جاء به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تحكيم يلتزم به القاضى .

أما دور الحكمين وفقا للمواد السالفة الذكر في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فيقتصر على الإصلاح بين الزوجين ، فإذا عجزا عنه رفعا إلى القاضى تقريرا يتضمن ما يراه من اقتراح ومن بينها الطلاق ببدل أو بغير بدل . والقاضى هو الذى يقضى بالتطليق إذا رأى ذلك ، وهذا يكاد يذهب جوهر التحكيم ، وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في ٢٦/٦/ لسنة ١٩٩٠ بأن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة ، وأنهما

إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى إنفاذه دون تعقيب .

وما أرتأته محكمة النقض هو الصحيح فقها ، ولكن نصوص القانون لا تسعف على القول به .

ومن اللافت للنظر أيضا أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كان يشترط الرجولة فى الحكمين ، وهو ما اغفله نص المادة السابعة بعد تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وبالتالى يصبح طبقا لنص المادة السابعة بعد تعديلها أن يكون الحكمان امرأتين أو امرأة ورجلا .

ثانيا : التطليق لتعدد الزوجات:

المادة رقم ١١ مكرر (١) من القانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٨٥ اضافت حكما جديدا لم يرد فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجيز للزوجة التى تزوج عليها زوجها ، والزوجة التى تزوجها الرجل وهى غير عالمة بأنه تزوج بأخرى ، أجاز لها أن تطلب التطليق إذا الحقها ضرر يتعذر معه دوام العشرة ، ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها . والنص الجديد ما يلى :

مادة (١١) مكرر .... ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى

يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها .

فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ويسقط حق الزوجة في طلب التفريق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى . إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا . ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى .

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك .

هذا النص الجديد أجاز للمرأة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب التطليق منه بالشروط الآتية :-

١- أن تكون المرأة طالبة التطليق زوجة بعقد زواج صحيح . فالعقد الفاسد لا يعطيها هذا الحق . ولا يشترط الدخول أو الخلوة . فيكفي العقد الصحيح لأثبات حق الزوجة في طلب التطليق إذا تزوج رجلها بأخرى .

٢- أن يترتب على الزواج بأخرى ضرر مادي أو معنوي للزوجة طالبة التطليق . فإذا لم يثبت الضرر يرفض طلب التطليق . ويقع على المرأة عبء إثبات هذا الضرر .

٣- أن يكون الضرر المتحقق بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما .

والضرر الذى نصت عليه المادة الحادية عشرة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ هو ضرر حقيقى ، ويقع عبء إثباته على المرأة التى تدعيه ، وتطلب التطليق بناء عليه ، وكان المرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يقضى بغير ذلك ويعتبر الزواج بأخرى ضررا مفترضا بحكم القانون ولا يقبل اثبات العكس ، ويجيز للزوجة أن تلجأ إلى القضاء طالبة التطليق ، وليس عليها إلا تقديم ما يثبت زواج غيرها بأخرى ، ولا شك أن النص القديم يكاد يمنع التعدد ، بل ويعتبر مجرد حدوثه ضرراً بذاته ، وهو ما يخالف النصوص الشرعية التى أباحت التعدد ، وحسنا فعل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فقد استجاب لنقد الفقه الشرعى للمرسوم القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، صحيح أن القانون برمته قضى بعدم دستوريته لأسباب شكلية ، وعيوب إجرائية ، إلا أن هذا النص كان معرضا للالغاء أمام المحكمة الدستورية حتى ولو لم يتعرض القانون لعيوب فى الشكل والاجراءات ، وعلى الرغم من التعديل الذى جاءت به المادة ١١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، إلا أن التطبيق العملى يطرح عددا من الصعوبات ، أهمها كيفية تحديد الضرر المعنوى ، لأنه حالة نفسية لا يمكن للغير الأحساس بها أو تقديرها ، خاصة وكما قيل بحق - أن الضرر النفسى لا يتعلق به حكم شرعى ، إذ الحكم كما عرفه الأصوليون هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا أو وضعا ، فالحكم الشرعى متعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم ولا بأهوائهم ، والرأى

عندى أن تحديد الضرر النفسى أو حصر صوره أمر يخالف الحقيقة ، والا نسب ترك الأمر للقضاء يبت فيه وفقا للقواعد العامة فى الشريعة الإسلامية ودعوى التطليق بسبب التعدد لا تخضع لإجراءات التطليق للضرر المنصوص عليها فى المواد من ٦ — ١١ . فلا يشترط عرض النزاع على المحكمين ، فالقانون لم يشر اليهما فى هذا الشأن ، وكل ما اشترطته المادة ١١ مكرراً أن على القاضى أن يتدخل للاصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتطليق ، والتدخل بالاصلاح من القاضى وجوبى هنا ، فإذا أغفل القاضى هذا الإجراء ، وحكم بالتطليق قبل عرض الصلح كان الحكم باطلا .

وحق الزوجة فى طلب التفريق للزواج بأخرى لا تملكه على الدوام ، بل لا بد من استخدامه خلال فترة معينة ، ويسقط حقها فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج الجديد ، ويتجدد حقها فى طلب التفريق كلما تزوج زوجها بأخرى ، كما ينشأ حق للزوجة الجديدة اذا ما تزوج بأخرى ، فالنص لا يتعلق بالزوجة الأولى بل تستفيد به كل زوجة جديدة كانت أم قديمة ، مسلمة كانت أو كتابية ، بل أن الحق فى طلب التفريق يثبت للزوجة الجديدة إذا لم تعلم أنه متزوج بسواها ، ثم ظهر بعد ذلك أنه متزوج ولسقط الزوجة الأولى لحقها فى طلب التطليق لزواج زوجها بأخرى بموافقتها على الزواج الثانى ، أو برضاها به ، أو بعدم إقامتها الدعوى فى الموعد المحدد ، أو برفض دعواها التى

رفعتها لاخفاقها فى الاثبات ، أو لتنازلها عن دعواها بقبولها الصلح مع زوجها أو لأى أمر آخر ، كل ذلك لا يسقط حق الزوجة الأولى اذا تزوج الزوج بزوجة جديدة .. فالحق فى طلب التطليق يتجدد مع كل زواج جديد ولكل الزوجات بلا استثناء حتى الزوجة الجديدة مع توافر الشروط التى نص عليها القانون .

ولإثبات الزواج الجديد يحتاج إلى ما يلى :

١ـ أن تثبت الزوجة أن زوجها قد تزوج زواجا شرعيا صحيحا فالعقد الفاسد لا يبيح طلب التفريق .

٢ـ أن يثبت الزواج بأحد امرين :

أ) يثبت الزواج بالوثيقة الرسمية المستوفاة لشروط صحتها طبقا للبلد الذى تم فيه الزواج ، لأن الشروط تتبع قانون العقد .

ب) ويثبت الزواج أيضا بالوثيقة العرفية عند اقرار الزوج به ، ولا يثبت بها عند الانكار ، لأن دعوى الزوجية فى هذه الحالة لا تسمع أصلا .

وطلب التطليق فى هذه الحالة هو تطليق للضرر ، ومناطه وقوع الضرر فعلا ، فإذا طلق الزوج زوجته الجديدة ، فلا يمنع ذلك من الاستمرار فى نظر الدعوى .. ذلك أن زوال الضرر بعد وقوعه لا يمنع من التطليق . وهذا ما انتهت إليه أحكام محكمة النقض المصرية .

٣- ان تطلب التطليق قبل مضى سنة من تاريخ علمها بالزواج الآخر .

والتطليق الذى يحكم به القاضى بناء على نص المادة ١١ مكرر فى هذه الحالة ، هو طلاق بائن .

ثالثا : طلب الزوجة التفريق عند اعتراضها على العودة إلى مسكن الزوجية :

تنص المادة ١١ مكرر فى فقرتها الثانية على مايلى :

بإذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف النفقة من تاريخ الامتناع .

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد إلى مسكن الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الاعلان المسكن ، وللزوجة الأعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان . وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها . ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية

وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق أتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ ـ ١١ .

هذه المادة إضافة جديدة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، وهي تضيف حكما جديدا ، يلتحق بالتطليق للضرر عند الشقاق بين الزوجين ، والنص ينطبق على الزوجة التي تغادر منزل الزوجية وتمتنع من العودة إليه ، بعد أن طلبها الزوج بالطريق الذي نص عليه القانون ، في هذه الحالة يمكن للزوجة الاعتراض على دعوتها إلى بيت الزوجية ، وإبداء أسباب الاعتراض ، ولها عند نظر الاعتراض المقدم منها أن تطلب التطليق من زوجها ، وطلب الزوجة في هذه الحالة يختلف عن دعوى طلب التفريق للضرر بسبب الشقاق بين الزوجين . ففي حالة طلب التطليق اثناء نظر دعوى اعتراض الزوجة على الطاعة ، فان المحكمة إذا لم تتمكن من انهاء النزاع بين الزوجين صلحا ، تتخذ اجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من ٧ ـ ١١ مباشرة ، ولا تنتظر إخفاق الزوجة في إثبات دعواها مرة ومرة كما في دعوى التطليق للشقاق .

وإذا اقامت الزوجة دعواها بالاعتراض على دعوة الزوج لها بالعودة إلى منزل الزوجية ، لما ضمنتها من أسباب ، وعجزت المحكمة عن إنهاء النزاع صلحا ، وطلبت الزوجة الطلاق ، فانه على المحكمة إتخاذ اجراءات التحكيم ، والمحكمة في هذه الحالة تلتزم بالنتيجة التي ينتهي إليها التقرير ، فإن اتفق الحكمان إلتزمت

المحكمة بما انتهيا إليه ،وإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث ، فإذا اتفق المحكمون ألتزمت برأيهم ،وإن اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الموعد المحدد ، واصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها أو إلزامها بالتعويض المناسب .

وعمل الحكمين في حالة التطليق عند نظر الاعتراض، يختلف عن عملهما في حالة التطليق للشقاق . في الحالة الاولى ما يتفق عليه الحكمان أو المحكمون ملزم للمحكمة والعمل بغيره مبطل للحكم ، فلابد أن تتقيد المحكمة بتقرير الحكمين عند الاتفاق ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية ، حيث قضت بأن طلب الزوجة التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على الطاعة ،ووجوب اتخاذ إجراءات التحكيم فيه إذا عجزت المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين . اتفاق الحكمين على التطليق ، مؤداه وجوب القضاء بما قرراه دون معارضة أو مناقضة ،ومخالفة ذلك خطأ .

أما في الحالة الثانية وهي التطليق للشقاق فإن التقرير المقدم من الحكمين لا يلزم المحكمة بل يعتبر ورقة من أوراق الدعوى ودليلا للاثبات فيها يخضع لتقدير المحكمة .

وتطليق القاضي الزوجة على زوجها إذا طلبت التطليق أثناء نظر دعوى الاعتراض على دعوى الزوج إياها العودة إلى مسكن الزوجية ،

هو طلاق بائن باعتباره طلاقا للضرر ، ولصريح نص المادتين ١٠ ، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .[1]

---

(١) احمد ابراهيم ، واصل احمد ابراهيم : احكام الاحوال الشخصية ط ٥ ، ١٩٩٤ ـ ص ٤٤٣ ـ ٤٤٧ .

المطلب الثاني
التطليق للغيبة وحبس الزوج

الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار ،وتعني رب الاسرة ورعايته لها ،فإذا غاب الزوج بدون عذر ، أوارتكب مايوجب حبسه ، فإن استقرار الحياة الزوجية يتلاشى ، فالفراق ألم معنوى قد يهون أمامه عدم الإنفاق . والفرقة به ثابتة حتى لوكان للزوج مال ظاهر تنفق منه ،لأن مطالب الجسد متعددة ،ولا تنحصر في السكن والغذاء والكساء وهى العناصر التقليدية للنفقة .

إن الطبيعة البشرية تجعل فراق الزوج لزوجته مدة طويلة أمر شديد الضرر بالغ الخطر ، أما ضرره فيتعلق بآثاره السلبية على الصحة النفسية ، وأما خطره فيكمن في أثره على الكيان الأخلاقى ، وهوما انتبه إليه عمر بن الخطاب الصحابي الجليل والخليفة الثانى ، فكان يأمر جنوده بزيارة زوجاتهم خلال زمن لا يجاوز مدة الايلاء وهو أربعة أشهر . وفراق الزوج زوجته اختيارا كما في الغيبة ،واضطرارا كما الحبس جعله القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحد اسباب التفريق القضائى بين الزوجين .

<u>أولا : التفريق للغيبة :</u>

في الفقه الاسلامى رأيان في إجازة التفريق للغيبة رأى يمنع ورأى يجيز .

١ـ الرأى الأول : ويقول به الأحناف والشافعية ،والشيعة الزيدية والجعفرية . وهو رأى يمنع أن تكون الغيبة سببا فى التفريق بين المرأة وزوجها ، وسواء فى ذلك أن تكون الغيبة بعذر او بغير عذر ، وكان مذهب القضاء فى مصر على هذا الرأى باعتباره ملزما بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

٢ـ الرأى الثانى : ويقول به المالكية والحنابلة على خلاف فى التفاصيل وهذا يعطى المرأة حق طلب التفريق لغياب الزوجين .

أ) رأى الحنابلة : يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر للتجارة أو طلب العلم وبين الغيبة لغير عذر ،وجعلو الغيبة بغير عذر سببا فى طلب التفريق من القاضى ، إذا كانت غيبته ستة اشهر أو يزيد ،وأعلنه القاضى بالحضور إذا كان معلوم المكان ويصل إليه الإعلان ، وإنما قيدت مدة الغيبة عندهم بستة أشهر مما جاء فى الأثر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه استفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت خمسة أشهر أو ستة أشهر .

ب) رأى المالكية : ذهب مالك إلى التفصيل ـ كما نقل الشيخ زكريا البرديسى ـ فإذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها المرأة سنة بناء على الرأى الراجح فى المذهب ، سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر ، فإما أن يكون الزوج فى مكان

يصل إليه الإعلان أرسل إليه القاضي بأن يحضر إلى البلد الذى تقيم فيه زوجته ، أو ينقلها إلى البلد التى هو فيها وإلا طلق عليه ، أو ينقلها إلى البلد التى هو فيها ، وإلا طلق عليه ، ويعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لطلب القاضي بالحضور أو نقل زوجته فلا تطليق ، وإذا امتنع وانتهى الأجل وأصرت المرأة على التطليق أجابها القاضي إلى دعواها ، وحكم بالتطليق .

وإذا كان الزوج فى مكان مجهول أو لا يصل إليه الاعلان فإن القاضي يطلقها دون إمهال ، لعدم جدوى التأخير ، وأساس التفريق عند اصحاب هذا الرأي هو الضرر الذى يصيب الزوجة ، ويجب على القاضي رفعه ، فلا ضرر و لا ضرار فى الإسلام .

والرأى الثانى هو ما أخذ عنه المشرع المصرى فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فاختار ولى الأمر من مذهبى المالكية والحنابلة ما يراه يحقق مصلحة المجتمع ، ويوافق أحوال الناس ، ويحمى مقاصد الشريعة . وذلك على النحو التالى :

١ـ النص التشريعى : جاء حكم التطليق للغيبة فى المواد من ١٢ ـ ١٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المادة (١٢) ، إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

والضرر المشار إليه النص وإن كان يستوعب المعنى العــــام للاضرار ، إلا أنه يختلف عن الضرر الواقع على الزوجة بسبـــب إيذاء الزوج أو عدم إنفاقه عليها ، فالزوج لا يعذر عن ايذائــــه ، وقد يعذر عن إعساره بالنفقة ، ولكن الضرر الذى يوجب التفريـــق للغيبة لا يتحقق إلا إذا كانت الغيبة بلا عذر مقبول .

المادة (١٣) إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب لـه القاضى أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للاقامـــة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل ولم يفعـــل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة .
وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغـائب طلقها القاضى عليــــه بلا اعذار وضرب أجــل .

ومفهوم الغيبة فى حكم هاتين المادتين يعنى انتقال الزوج إلـى بلد غير بلده ، وإقامته فيه ، أو رحيله إلى مكان مجهول ، أمـــا إقامته فى بلده ، مع تركه لمنزل الزوجية فلا تعد غيبة تنطبق عليها احكام المادتين ١٢ ــ ١٣ ، بل هى هجر يمكن على أساسه طلـــب التفريق للايذاء طبقا لنص المادة السادسة من القانون ، فكل غيبـــة اضرار ، وليس كل اضرار غيبة ، فقد يأتى الاضرار فى صورة عـــدم الانفاق أو الشقاق ، أو الزواج بأخرى ، أو الغيبة بغير عذر مقبول .

وواضح من استعراض أحكام هاتين المادتين أنهما تلفيق من المذهبين المالكى والحنبلى ، فقد أخذ القانون برأى المالكية فى مدة الغيبة ، وبرأى الحنابلة فى اشتراط أن تكون الغيبة بغير عذر حتى تكون سببا للتفريق هذا بالنسبة للمادة ١٢ من القانون أما المادة ١٣ فقد استمدت جميعها من المذهبين المالكى والحنبلى لاتفاقهما على حكمها .

٢ـ فقه النص : الغائب بمقتضى هذا النص من تطول غيبته لاكثر من عام ، فالغياب دون السنة لا يعد به الزوج غائبا فى مفهوم المادة .

والغائب نوعان بمقتضى هذه المواد أيضا هما :

أ) غائب معلوم الإقامة ، ويمكن وصول الوسائل إليه ، وهذا الغائب يضرب له القاضى أجلا ، ويعلمه بثلاثة خيارات هى : أن يحضر للاقامة مع زوجته ، أو أن ينقلها إليه حيث يقيم ، أو أن يطلقها .

فإذا أختار أحدها فلا يطلق القاضى عليه ، وإذا امتنع عن الأختيار ولم يرد خلال الأجل الذى حدد له طلق القاضى عليه بعد أن يتحقق من وصول الاعلان إليه . ولا يجوز التطليق بغير الكتابة إلى الغائب وانتظار مدة الإمهال وإلا وقع الحكم باطلا . والكتابة إلى الغائب التى يعتد بها فى حكم هذه المواد هى التى تتم من القاضى ، أما المواسلات بينه وبين زوجته ، أو من أهله وأصدقائه فليست من الإمهال القانونى فى شئ ولا يترتب عليها أى أثر .

ب) غائب مجهول الاقامة : ويلحق به من يستحيل وصول الوسائل إليه ، وفي هذه الحالة يطلق عليه القاضي دون إمهال ، فلا فائدة من ضرب الأجل ، والامتناع عن التطليق فورا هو ضرب من الاضرار بالزوجة ، ومهمة القاضي رفع التعدي وازالة الضرر .

وحتى يصح التطليق لغيبة الزوج طبقا لما نص عليه القانون لابد من توافر الشروط الآتية :

أ) أن يغيب الزوج في بلد غير الذي تقطن فيه الزوجة ، ويستوي في ذلك البلد القريب والبلد البعيد ، أما الغيبة من بيت الزوجية مع الاقامة في نفس البلدة ، فهي غيبة لا تدخل في مفهوم النص ، ويرفض طلب التطليق للغيبة بها ، فهي هجر تتناوله مواد التطليق للايذاء والشقاق .

ب) أن تكون الغيبة سنة فأكثر ، ولا تقبل دعوى التطليق للغيبة قبل مضي هذه المدة ، والسنة المقصودة في هذه المادة هي السنة الشمسية وعدد أيامها ٣٦٥ يوما ، طبقا لنص المادة ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ومضي السنة إجراء جوهري لقبول الدعوى ، وإغفاله يؤدي إلى بطلان الحكم .

جـ) أن يكون الغياب بغير عذر مقبول ، فإذا كان بعذر شرعي ، كالسفر لطلب العلم ، أو الغيبة للتجارة فلا يجوز التطليق ، ولم يحدد الفقهاء الاعذار الشرعية على سبيل الحصر ، فتقدير العذر موكول إلى قاضي الموضوع ، ولا رقابة عليه من

محكمة القانون ــ محكمة النقض ــ طالما كان تقديره سائغا •

د)أن تتضرر الزوجة من الغيبة فتطلب التطليق • ذلك لأن الضرر هو سبب الدعوى فلابد من ثبوته • ولأن التطليق حق للزوجة فلابد من طلبه فلايقضى به القاضى من تلقاء نفسه •

واختلف في غيبة الأسير والمعتقل هل تعد غيبة في مفهوم هذا النص وبالتالى يحكم بالتطليق إذا توافرت شروطه ، بهذا قال البعض ولم يفرق بين الغيبة الاختيارية والغيبة القهرية • فأسير الحرب والمعتقل لأسباب تتعلق بخطورته كلاهما ــ عند أصحاب هذا الرأى ــ يأخذ حكم الغائب إذا امتد أسره أواعتقاله سنة فأكثر ، لأن المناط في ذلك تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ولا دخل في ذلك بكون البعد باختياره أو قهراً عنه •

ومع تقديرنا لدوافع هذا الرأى ، إلا أن النص لا يساعد عليه • والرأى عندى أن النص بمفهومه ومنطوقه يتحدث عن الغيبة الاختيارية • ويجعلها موجبا لطلب التطليق إذا كانت بغير عذر يقبله القاضى ، فمناطها قصد الاضرار لا محض الاضرار ولا دخل للزوجة في تقدير العذر بل هو مما يستقل قاضى الموضوع بتقديره • وقد أحسن ــ مشروع قانون الأحوال الشخصية لمجمع البحوث الاسلامية صنعا بالنص في المادة ٢٣٢ منه بأن الأسير والمعتقل كالغائب بعذر لا يجوز لزوجة كل منهما طلب التفريق •

ذلك أنه لا يمكن التسوية في الحكم بين الأسير الذي ألقى به إلى هذا المصير دفاعه عن وطنه ، وجهاده في سبيل بلاده ، وبين المسافر بلا عذر استهتارا بحقوق الزوجة وانكاراً لها .

أما المعتقل فقد أحسن المشرع صنعا في هذا المشروع بالحاقه بالغائب بعذر مقبول ، لأن الاعتقال أصبح من التدابير التي يسرف الأمن الجنائي والسياسي في استخدامها ، خاصة في ظل قوانين الطوارئ ، فجعلها ذريعة للتطليق إجحافا بحق الزوج ، وقد يفضي إلى سوء استعمالها من أطراف كثيرة . ولا تكفي مجرد الرقابة القضائية على استخدام هذه التدابير ، بل لابد من استبعادها من نطاق مفهوم الغيبة التي تجيز طلب التطليق بها .

والتطليق الذي يحكم به القاضي للغيبة يقع طلقة بائنة حتى لو طلبت الزوجة في دعواها فرقة رجعية ، لأن القاضي يملكه بوصف البينونة فلا يتعداه إلى غيره ، خاصة وأن وصف الطلاق من عمل الشارع فلا يعتد فيه بإرادة الزوجين أو أحدهما ، وقد صرحت المادة (١٢) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأن تطليق القاضي في هذه الحالة يقع بائنا .

وعبء إثبات الضرر الموجب للتفريق بالغيبة يقع على عاتق الزوجة ، ويكفي أن تقوم بإثبات وجود الضرر ، وليس عليها شرح مضمونه ، فقد يكون إجمالها بعدم الأمن لغيبة الزوج هو مضمون الضرر ، فالمضمون يتسع لكل ما يمثل إضرارا بالزوجة ولا نرى

التضييق على الزوجة فى مجال الاثبات ، وحسبها أن المشرع قد قيده بالغيبة بلا عذر ، وبأن دعواها لا تقبل إلا بعد مضى عام فأكثر من تاريخ غيبة الزوج .

ثانيا : التطليق لحبس الزوج :

الزوج بشر يصيب ويخطئ ، ومن الأزواج العاصى والمطيع ، والزوج العاصى الذى يرتكب الجريمة ويعاقب عليها ، لا ينبغى أن تضار زوجته بجرائمه ، خاصة وأن من العقوبات ما يرغم الزوجة على انتظار زوجها السنين الطوال ، وذلك إضرار بالزوجة ينافى مقاصد التشريع ، ويوقعها والمجتمع كله فى حرج شديد .

والفقهاء يختلفون فى جواز التطليق بسبب الحبس ، فالأحناف لا يجيزون الحبس سببا للتطليق ، وفقههم فى الأخذ بهذا متناسق ، لأنهم لا يرون الغيبة سببا للتفريق سواء بعذر أو لغير عذر .

أما الحنابلة فالراجح عندهم عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس ، لأن الغيبة فيه بعذر وإن كان العذر فى ذاته غير مشروع .

ويذهب الامام ابن تيميه فى فتاويه إلى أن القول فى إمرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن يتعذر انتفاع امرأته به ، إذا طلبت فرقته ، كالقول فى امرأة المفقود ، فهو بذلك يقترب من الفقه المالكى .

أما المالكية فهم يجيزون التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج ، لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بغير عذر سببا يجيز للزوجة طلب التطليق . والمالكية فى هذا أيضا مذهبهم متناسق لأنهم يرون أن مناط التطليق للغيبة وعلة التفريق بهما ، هو الضرر الذى قد يصيب الزوجة وهو متحقق سواء كانت الفرقة بعذر أو بغير عذر . والتطليق للحبس عند المالكية يقع بائنا . وهو ما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد عدل به المشرع عما كان معمولا به فى القضاء المصرى من أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة والتى لا تجيز التفريق بين الزوجين لحبس الزوج .

١ـ النص التشريعى : جاءت بهذا التعديل المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها مايلى :

مادة (١٤) لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه ــ التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

فمجال تطبيق النص ينحصر فى المحبوسين المحكوم عليهم بعقوبة مقيدة للحرية وهى الحبس ، والسجن ، الأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة ، أما حينما يكون الحكم بالغرامة أى بعقوبة مالية فلا مجال لتطبيق النص ، ولا مجال لتطبيقه أيضا لو كانت العقوبة هى الأعدام ، وهذه ثغرة فى النص لأن الحكم بالاعدام عقوبة سالبة للحياة ، ولكن اجراءات تنفيذها

قد تستغرق أعواما فماهو السبيل لفصم عرى الزوجيـــة ؟ لا يوجد حل فى نص المادة (١٤) من القانون والأجـــدر أن يتدخل المشرع لحسم المشكلة بنص تشريعى .

٢ــ فقه النص :

اعتد المشرع فى نص المادة (١٤) بالغياب الفعلـــى ، وليس على الزوجة إلا اثبات واقعة الحبس ، وأنها بناء على حكـــم نهائى مدته ثلاث سنين فأكثر ، وليس عليها إثبات الضرر فالضـــرر هنا مفترض ، حتى لو كان للمحبوس مال تستطيع الزوجة الانفاق منـــه .

والحبس حالة غياب فعلى ، والأعم الأغلب أن يكون المحبـــوس قد حوكم فى وطنه ، وحبسه تم داخل إقليم الدولة التى ينتمـــى إليها ، وليس ذلك بشرط ، فيستحق الحبس فى حكم المادة (١٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حتى لو حوكم الزوج خـــارج وطنه ، وحبس فى إقليم دولة أخرى ، ويكفى العلم بحبسه ولا يشتـــرط لتطبيق نص المادة (١٤) أن يكون مكان الحبس معلوما للزوجـــة كما لا يشترط أن يكون الحبس فى البلدة التى فيها بيت الزوجيـــة أو خارجهـــا .

والحبس المقصود فى نص المادة (١٤) ليس عقوبة الحبـــس بالمعنى الفنى الدقيق فى القانون الجنائى ، بل كل العقوبـــات

المقيدة للحرية • ولفظ المحبوس الوارد في نص المادة ١٤ يقصد به الشخص الذى يتم تنفيذ العقوبة عليه وليس العقوبة ذاتها •

شروط التطليق للحبس:

نص المادة (١٤) وضع عدد من الشروط ينبغى توافرها في الحبس حتى يكون سببا لتطلب التطليق • وهذه الشروط هى
أ) أن تكون العقوبة مقيدة للحرية •فالعقوبات السالبة للحياة • والعقوبات المالية •لا تجيز لتطليق لهذا السبب • وتساءل الفقهاء عن الاعتقال هل يقاس على الحبس ويعتبر مثله سببا للتفريق وبنفس شروطه ؟ أم أنه لا اجتهاد في موضع النص • فلا يعتبر الاعتقال حبسا في نص المادة (١٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩؟
الرأى عندى أن الاعتقال غير الحبس • فالحبس دائما وإن كان عذرا للغياب فهو في كل الأحول عذر غير مشروع• أما الاعتقال فهو اجراء وقائى •لا يحكم به القاضى • بل هو من صميم إختصاص سلطات الأمن •وبينما يكون الحبس دائما سليما بحيازته الحجية القانونية • فإن الاعتقال قد يكون بتعسف •وقد يكون لغير سبب •وهو ليس المعنى الذى أراده المشرع للحبس • ولو كان يريده لصرح به •
بل إن إيداع الشخص في مكان أمين وفقا لما تقضى به محكمة القيم • لا يعد من الحبس الذى جعله المشرع سببا للتطليق•

ب) أن يصدر بالعقوبة حكم نهائى : ويعتبر الحكم نهائيـــا إذا حاز حجية تحول دون نظر الدعوى من جديد ، ويكون ذلك فى الأحوال التالية :

- إذا لم يكن الحكم قابلا للطعن بسبب طبيعته .
- إذا كان قد استنفد كل طرق الطعن فيه الجائزة قانونا .
- إذا كانت المواعيد المقررة للطعن دون الطعن فيه .

جـ) أن تكون مدة العقوبة المقضى بها ثلاث سنوات فأكثر ، وفى حالة تعدد العقوبات بحيث يصبح مجموعها ثلاث سنوات فأكثـــره مع وحدة الحبس وتعدد الجرائم ، فالرأى عندى أن التطليـــق يجوز فى هذه الحالة ، أما إذا كانت مدد العقوبات أقل مـــن ثلاث سنوات ، وتم تنفيذها متفرقة فلا يثبت للمرأة حق التفريـــق فى هذه الحالة .

د) أن ينفذ الحكم على الزوج ، وتمضى سنة على الأقل من تاريـــخ تنفيذ الحبس ، قبل رفع دعوى التطليق ، والرأى عنـــدى أن السنة التى اشترطتها المادة رقم (١٤) تبدأ من تاريـــخ حبس الزوج ، وليس من تاريخ النطق بالحكم ، مما يجعـــل مدة الحبس الاحتياطى داخلة فى السنة ، خاصة وأنها تخصم من مدة العقوبة المحكوم بها طبقا لقانون الاجراءات الجنائية ، والقول بغير ذلك يطيل على المرأة المدة التى تستطيع خلالها برفع دعوى التطليق ، وهى إطالة تضر بالمرأة ، تفتقر إلـــى السند القانونى .

فإذا تم الافراج عن الزوج قبل مضى السنة فإن الزوجة لا تملك رفع الدعوى التطليق بسبب حبس الزوج ، لتخلف أحد شروطهـا .
وإذا تم الافراج عن الزوج بعد مضى السنة وبعد رفع الدعـوى ، فالرأى عندى أن الافراج عن الزوج المحبوس فى هذه الحالة لا يمنع من استمرار السير فى الدعوى والقضاء فيها بالتطليق وفقا لنـص المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أما إذا صدر عفو عن الزوج المحبوس ، سواء كان عفـوا عن العقوبة ، أو عفوا شاملا ، فالرأى عندى أن يحكم القاضـى برفض الدعوى ، لزوال سببها وهو العقوبة السالبة للحرية ، والرأى هنا يختلف عن موقفنا من الافراج قبل انقضاء مدة العقاب ، لأن العفو يزيل العقوبة ، أما الافراج فهو يوقف الاستمرار فى تنفيذها بحسب ، حتى ولو لم يكن معلقا على شرط .

والطلاق الذى يوقعه القاضى بناء على حبس الزوج طـلاق بائن بصريح نص القانون . وقد اختار المشرع السورى أن يكـون الطلاق رجعيا ، وهو ما أيده جانب من الفقه ، بدعوى أن تضـرر الزوجة من حبس زوجها يرتفع بعودته ، فإذا أفرج عليه قبـل انتهاء العدة فمن الأوفق أن يكون له الحق فى مراجعتها .

والرأى عندى أن ما اختارة التشريع المصرى للأحوال الشخصيـة هو الأوفق للمجتمع ، والأعمق فقها ، والأرفق بالزوجة ، فالمحبـوس ليس جديرا بعطف المشرع ورحمته ، كما أن الحبس ينم فى الغالـب

الأعم عن شخصية سيئة السلوك ،وقد تجد المرأة فرصتها فى فراق رجل سيء عند حبسه ، والطلاق الرجعى يحول دون تحقيق هذه الغاية .

وقد اخذ القانون العراقى بما أخذ به القانون المصرى ، واعتبر التطليق الواقع بحبس الزوج طلقة بائنة ، ومن الجدير بالذكر أن القانون العراقى للأحوال الشخصية جاء بحكم جديد فى التفريق القضائى بين الزوجين وهو تأخر الزوج عن طلب زوجته للزفاف فنصت المادة (٤٣) والتى تعدد أسباب طلب الزوجة للتفريق نصت فى فقرتها الثالثة على مايلى :

" إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى لها بحقوقها الزوجية " .

هذا ولم ينص القانون التونسى على أسباب للتفريق القضائى بين الزوجين ،لأنه جعل الطلاق كله بيد القاضى ،ونصت مواده على مايلى :

مادة (٣٠) لا يقع الطلاق إلا لدى القاضى .

مادة (٣١) يحكم بالطلاق :

بناء على طلب من الزوج أو الزوجة للاسباب المبينة فى هذه المجلة .

- بتراضى الطرفين .

وقد وردت أحكام التطليق لحبس الزوج في مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى وافق عليه مجمع البحوث الاسلامية ، وهى أحكام لا تختلف عما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

وقد نصت المادة ١٢٠ من مشروع القانون العربى الموحد للأحوال الشخصية على الطلاق لحبس الزوج ونصها ما يلى " لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب التطليق ، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة ".

وإذا كان لنا من تعقيب أخير على أحكام القانون المتعلقة بالتطليق لحبس الزوج ، أنها لم تعالج حالة المحكوم عليه الهارب ، سواء كان هروبه قبل تنفيذ الحكم ، أو بعد البدء فى تنفيذه ، فطبقا لشروط المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فإن زوجة الهارب لا يمكنها رفع دعوى التطليق إلا إذا جاء هروب المحكوم عليه بعد مضى السنة ، أما إذا هرب بعد الحكم وقبل البدء فى التنفيذ ، أو بعد تنفيذ مدة من العقوبة تقل عن سنة ، فالزوجة لا تجد طريقا للتطليق لحبس الزوج ، ولا تستطيع المطالبة بالتفريق إلا بناء على أسباب أخرى.

والرأى عندى أن الهروب بعد بدء التنفيذ ولو قبل مضى السنة يعطى زوجة المحبوس الهارب حق رفع دعوى التطليق بعد مضى السنة حتى لو لم يقبض على المحبوس الهارب ، ونفس الحكم ينطبق على المحكوم عليه الهارب بعد صدور الحكم وقبل بدء التنفيذ. أما الزوج الهارب قبل صدور الحكم فلا تستطيع الزوجة رفع دعوى

التطليق لحبس الزوج ،ولكنها تطالب به بناء على الغيبة إذا توافرت شروطها . وفي كل الأحوال لا يعتبر هروب السجين قاطعا لمـــدة السنة ، فعند القبض عليه ، تحتسب من السنة المدة التي قضاهـــا من العقوبة بالاضافة إلى مدة هروبه فلا تبدأ بالقبض عليه مدة جديدة .

وفي ختام هذا الفصل نورد أهم الأحكام الجديدة التي جاءت بها تعديلات القانون العراقي للأحوال الشخصية حتى نتبيـــن مدى التطور الذى يحدث في مجال الطلاق بوجه خاص والتطليـــق بوجه عام ،وحتى يستفيد من ذلك المشرع المصرى وهو يحاول إصدار تشريع عام للأحوال الشخصية في مصر .

<u>أهم المبادئ الجديدة في القانون العراقي .</u>

١ــ اعتبار إكراه أى شخص ذكر كان أو أنثى على الزواج . دون رضـاه جريمة ،واعتبار " النهوة " أى منع الشخص من الزواج جريمة .

٢ــ عقاب من يجرى زواجه خارج المحكمة واعتبار ذلك جريمة .

٣ــ جواز التفريق إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال الزوجيـــن الثامنة عشر دون موافقة القاضى .

٤ــ جواز التفريق إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة ، وتـــم الدخـــول .

٥ــ اعتبار عقد الزواج الواقع بالاكراه باطلا إذا لم يتم الدخول .

٦ـ للزوجة طلب التفريق إذا تزوج الزوج عليها دون إذن المحكمة .

٧ـ اعتبار عدم طلب الزفاف بالزوجة غير المدخول بها سببا من أسباب التفريق .

٨ـ اعتبار عقم الزوج سببا يبيح للزوجة طلب التفريق ، بشرط ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة .

[illegible] اعتبار امتناع الزوج عن تسديد النفقات المتراكمة سببا في التفريق .

[illegible]ـ تخويل الزوجة غير المدخول بها حق طلب التفريق ولو لغير سبب ، على أن تعيد للزوج ما تكبده من أموال ونفقات لأغراض الزواج .

المحتوى :

مقدمة ١

الفصل الاول : المبادئ العامة في الفرقة ٤

المبحث الاول : خصائص الطلاق ٤

المبحث الثاني : ادلة مشروعيته ٢١

المبحث الثالث: مصطلحات الفرقة ٣٢

الفصل الثاني : الفرقة الارادية ٤٤

المبحث الاول : مايقع منه وعليه الطلاق ٤٧

المبحث الثاني: مايقع به الطلاق ٦٢

المبحث الثالث: انواع الطلاق ٧٣

الفصل الثالث : الفرقة اللاارادية ١٠٣

المبحث الاول : التفريق لعدم الانفاق ١٠٤

المبحث الثاني : التفريق للعيوب ١١٧

المبحث الثالث: التفريق للاضرار ١٢٩

التركي
للكمبيوتر وطباعة الأوفست - طنطا